



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

Una defensa de la comprensión de la Teoría del Derecho de H.L.A. Hart como la mejor explicación del Derecho del Estado constitucional. El positivismo jurídico hartiano frente al neoconstitucionalismo

Autor:

Luis Ignacio Corona Bárcenas

Directora:

Prof. Dra. Dña. María del Carmen Barranco Avilés

Tutora:

Prof. Dra. Dña. María del Carmen Barranco Avilés

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

Getafe, noviembre de 2017



Universidad
Carlos III de Madrid
www.uc3m.es

TESIS DOCTORAL

UNA DEFENSA DE LA COMPRENSIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE H.L.A. HART COMO LA MEJOR EXPLICACIÓN DEL DERECHO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. EL POSITIVISMO JURÍDICO HARTIANO FRENTE AL NEOCONSTITUCIONALISMO

Autor:

Luis Ignacio Corona Bárcenas

Directora:

María del Carmen Barranco Avilés

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente: (Nombre y apellidos)

Vocal: (Nombre y apellidos)

Secretario: (Nombre y apellidos)

Calificación:

Getafe, 20 de noviembre de 2017

ÍNDICE

Introducción	iv
------------------------	----

PRIMERA PARTE

Sobre algunas variedades de positivismo jurídico	1
--	---

CAPÍTULO I

Positivismo jurídico y el concepto de Derecho	2
1. Una teoría general y descriptiva del Derecho	2
2. Las tesis que identifican el positivismo jurídico hartiano	7
2.1.La tesis de las fuentes sociales	7
2.2.La tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral	39
2.3.La tesis de la discrecionalidad judicial	63
3. El nuevo desafío del positivismo jurídico	68
3.1.Positivismo de meros hechos y teoría semántica	71
3.2.El Derecho no es sólo un modelo de reglas	85
3.3.La no discrecionalidad judicial	95

CAPÍTULO II

El positivismo jurídico después de Hart (I): la versión incluyente	105
1. Positivismo negativo y positivo	105
2. El papel de la moral política en el Derecho	136
3. El positivismo corregido	146
4. El garantismo como teoría jurídica: el positivismo crítico	168

CAPÍTULO III

El positivismo jurídico después de Hart (II): la versión excluyente	218
1. La variedad de positivismo jurídico excluyente de J. Raz	219
1.1.La tesis de las fuentes.	220
1.2.La tesis de la autoridad	257

2. El positivismo ético	271
2.1.Sobre algunas variedades de positivismo ético: T. Campbell y F. Atria	272
2.2.El positivismo normativo de J. Waldron	283
2.3.¿La teoría institucional del Derecho de N. MacCormick es una varie- dad de positivismo ético?	293
 SEGUNDA PARTE	
Positivismo jurídico hartiano y el Derecho del Estado constitucional .	303
 CAPÍTULO IV	
La incorporación en la Constitución de contenidos materiales	304
1. La Constitución como norma jurídica suprema y rígida	305
2. Los contenidos materiales: valores, principios y derechos fundamen- tales	320
2.1.Valores	321
2.2.Principios	324
2.3.Derechos fundamentales	348
3. Positivismo jurídico hartiano y la incorporación en la Constitución de contenidos materiales	353
3.1.Los contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX: los modelos inglés, americano y francés	355
3.2.Los contenidos materiales son Derecho	378
 CAPÍTULO V	
La tesis del Derecho como sistema normativo mixto	384
1. Teoría pura del Derecho y el problema de la validez jurídica	386
1.1.El problema de la validez jurídica	390
1.2.Validez como existencia específica y la norma fundante	402
2. El concepto de sistema jurídico y la tesis del Derecho como sistema normativo mixto	415
2.1.El concepto de sistema jurídico	416
2.2.El sistema jurídico y la distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos en la teoría de Kelsen	432

2.3.La tesis del Derecho como sistema normativo mixto	446
3. Las variedades de positivismo jurídico de Kelsen y Hart frente a la tesis del Derecho como sistema normativo mixto	455
3.1.La relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen	456
3.2.La tesis de la dinamicidad del Derecho	470
3.3.Las variedades de positivismo jurídico de Kelsen y Hart y el problema de la validez jurídica	483
 CAPÍTULO VI	
El problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional	489
1. El problema de la interpretación jurídica	489
1.1.Concepto restringido y concepto amplio de interpretación jurídica	493
1.2.Sobre algunas implicaciones de adoptar un concepto restringido o un concepto amplio de interpretación jurídica	502
2. American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream	507
2.1.La tesis de la indeterminación radical del Derecho	510
2.1.1. Realismo americano	512
2.1.2. Realismo escandinavo	521
2.1.3. Realismo genovés	535
2.2.La tesis de la determinación radical del Derecho	541
3. Neoconstitucionalismo y el problema de la interpretación jurídica	544
3.1.La tesis de la especificidad de la interpretación constitucional	546
3.2.Positivismo jurídico hartiano y el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional	558
 Conclusiones	
Bibliografía	572

INTRODUCCIÓN

El problema que abordaré en esta investigación es la crítica del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico. Las teorías neoconstitucionalistas afirman que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, de modo que el contexto en el que desarrollaré el trabajo es aquel tipo de sistema jurídico¹.

¹ Quedará fuera del objeto el debate sobre el Estado de Derecho. Al respecto, véanse R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho: (Introducción al estudio del Derecho)* (1974), Civitas, 6ª ed., Madrid, 1993, pp. 413-419; M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2000, p. 99; E.W. BÖCKENFÖRDE, “La democracia como principio constitucional” (1987), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 47-131, en especial p. 119 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Demokratie als Verfassungsprinzip” (1987), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991); *Id.*, “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” (1969), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., pp. 17-45, en especial pp. 18 y 44 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Entstehung und wandel des Rechtsstaatsbegriffs” (1969), en *Staat, Verfassung, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, con añadidos de la voz <Rechtsstaat> del *Historisches Wörterbuch der Philosophie*); E. DÍAZ GARCÍA, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 101, 104 y 105; *Id.*, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, 8ª ed., Madrid, 1981, pp. 31 y 85; E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Civitas, 3ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1988, p. 133; *Id.*, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución” (1984), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (1984), Civitas, 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 85-174, en especial p. 88 (E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984); J. HABERMAS, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (1992), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2005, pp. 101 y 102 (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 y 1994); H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho: Fundamentos del Derecho* (1964), trad. de E. Gimbernat Ordeig, Euros-B. de F., 2ª ed., Buenos Aires-Montevideo, 2014, p. 137 (H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung); H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, 11ª ed., México, 2000, pp. 314 y 315 (H. Kelsen, “REINE RECHTSLEHRE”, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960); L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (1960), Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1979, pp. 655-658; K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (1957), trad. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1976, p. 163 (K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957); A. LÓPEZ PINA, “Estudio Preliminar”, a D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales* (1991), trad. de R. Sanz Burgos y J.L. Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, 2006, pp. 9-26, en especial p. 19; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho* (1995), Fontamara, México, 2000, pp. 49-103, en especial p. 91; *Id.*, “Lección Cuarta: Derecho y fuerza”, en *Id et al*, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2000, pp. 93-121, en especial pp. 108-120; *Id.*, *Los valores superiores* (1984), Tecnos, 1ª reimp., Madrid, 1986, p. 93; *Id et al*, *Curso de derechos fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 504; A.E. PÉREZ LUÑO et al, *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica* (1997), Tecnos, 11ª ed., Madrid, 2012, p. 25; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 39; J. RAZ, “El Estado de Derecho y su virtud” (1977), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 263-285, en especial pp. 264, 265, 267, 268 y 273 (J. RAZ, “El Estado de Derecho y su virtud”, *The Law Quarterly Review*, vol. 93, núm. 2, abril, 1977, pp. 195-211. Una versión de ese trabajo fue presentada a

una conferencia organizada por The Liberty Fund y la University of San Francisco); F. de los RÍOS URRUTI, “Prólogo del traductor” (1913), a G. JELLINEK, *Teoría General del Estado* (1911), trad. de F. de los Ríos Urruti, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., México, 2004, pp. 13-52, en especial p. 28 (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., 1911); J. RUIZ VALERIO, “Estado de Derecho: El principio democrático vs. el control jurisdiccional en América Latina”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 185-210, en especial pp. 186 y 187; C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), s.t., Nacional, México, 1981, pp. 147 y 231 (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928); VV.AA., “Lección Tercera: Derecho y Poder: Su relación en la historia: especial referencia al mundo moderno. El punto de vista externo: el poder como hecho fundante básico del Derecho. El punto de vista interno: el Derecho como racionalización del poder. El Estado de Derecho”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 99-136, en especial p. 102; G. del VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (1930), trad. de L. Recaséns Siches, Bosch, 9ª ed., 1ª reimp., Barcelona, 1980, p. 452 (G. del VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Città di Castello, Soc. Anon. Tipog. “Leonardo da Vinci”, 1930, IV, 351 págs.); G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, 6ª ed., Madrid, 2005, p. 21 (G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitte: Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, S.p.a., Torino, 1992); y M.M. ZORRILLA RUIZ, “El Derecho como forma de organización”, en F. LLEDÓ YÁGÜE e *Id.*, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 27-53, en especial p. 38. Algunos autores identifican Estado de Derecho y Estado constitucional. En este sentido, véanse F. AYALA, “Introducción”, a C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. VII-XV, en especial p. VII; L.M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos: Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005, p. 41; K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 51 y 284; N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho* (2007), trad. de F. Atria y S. Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 20, 56 y 84 (N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007); G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Cuarta: Derecho y fuerza”, en *Id et al*, *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 112; *Id.*, “Prólogo”, a R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 15-19, en especial p. 19; *Id* y J. DORADO PORRAS, “Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en VV.AA., *Historia de los Derechos Fundamentales: Tomo II: Siglo XVIII: Volumen I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección de G. Peces-Barba Martínez et al, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 7-219, en especial p. 105; L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45, en especial p. 32 (L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional”, ponencia presentada al Congreso Internacional sobre teoría y técnica legislativa, organizado bajo la dirección del Dr. Ernesto Vidal en la Universidad de Valencia del 27 al 30 de octubre de 1997); *Id.*, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 123-158, en especial p. 129; J. RUIZ VALERIO, “Estado de Derecho: El principio democrático vs. el control jurisdiccional en América Latina”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., p. 185; y G.R. VELASCO, “Prólogo” (1943), a A. HAMILTON et al, *El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. VII-XXIV, en especial p. XXII (A. HAMILTON et al, *The Federalist; a Commentary on the Constitution of the United States*, 1780). Otros autores, en cambio, defienden que Estado de Derecho y Estado constitucional se trata de conceptos diferentes. Al respecto, véanse J. CÁRDENAS GRACIA, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 41-66, en especial p. 53; R. GUASTINI, “El principio de legalidad”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 111-123, en especial p. 113; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp. 39 y 40; y G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., pp. 21, 22 y 34. Sin embargo, no participaré en este debate. Es decir, en la relación entre Estado de Derecho y Estado constitucional. En este sentido, véanse N. BOBBIO, “Del poder al Derecho y viceversa” (1981), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 355-367, en especial p. 362; y E. DÍAZ GARCÍA, *Curso de Filosofía del Derecho*, cit., p. 110.

Existe cierto consenso² sobre la idea de que en Europa e, incluso, en América Latina³, a mediados del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial, se produjo un cambio de paradigma respecto al Estado de Derecho. Se afirma que se trata del neoconstitucionalismo. En efecto, como reseña L. Prieto: “[e]l constitucionalismo europeo de posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, al decir de algunos, no sólo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el continente, sino que incluso ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo”⁴. Creo, sin embargo, que no está del todo claro qué se quiere decir con este término.

P. Comanducci, por ejemplo, explica aquel cambio de paradigma al afirmar que “en muchos países de la Europa continental, y sucesivamente en varios países del mundo, se han producido dos importantes cambios en el ámbito jurídico: un cambio estructural, la “constitucionalización” del [D]erecho, y un cambio doctrinal, la afirmación del “neoconstitucionalismo””⁵. En relación con el cambio estructural, es decir, con la constitucionalización del Derecho, continúa Comanducci, “un [D]erecho constitucionalizado se caracteriza por una [C]onstitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”⁶. Y sobre el cambio doctrinal, Comanducci sostiene que neoconstitucionalismo “es una

² M. CARBONELL, “Presentación”, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, a VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 9-12, en especial p. 9; *Id.*, “Prólogo”, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, pp. 9-12, en especial p. 9; Y. CARRILLO de la ROSA, “El concepto y la validez del Derecho en la teoría jurídica y el neo-(o nuevo) constitucionalismo”, *Verba Iuris*, núm. 28, 2012, pp. 19-30, en especial p. 27; P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 85-121, en especial pp. 85 y 86; *Id.*, “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, *cit.*, pp. 41-67, en especial p. 52; L.M. CRUZ, “Introducción”, a *Id.*, *La Constitución como orden de valores...*, *cit.*, pp. 1-8, en especial p. 1; R. ESCUDERO ALDAY, “De la constitucionalización a la indeterminación: Retos y desafíos del positivismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 395-415, en especial p. 398; y P. TORRES ESTRADA, “Presentación”, a VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, *cit.*, pp. 7-9, en especial pp. 7 y 8.

³ P. de VEGA, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX” (1998), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 3-44, en especial pp. 29 y 30 (P. de VEGA, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, publicado en *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998).

⁴ L. PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, *cit.*, pp. 213-235, en especial p. 213.

⁵ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, *cit.*, p. 85.

⁶ *Ídem.*, p. 86.

etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de [T]eoría del [D]erecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis [y el mismo Comanducci]) comenzaron a utilizar para clarificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí”⁷. De hecho, se ha puesto de manifiesto que: “[s]e suele atribuir a Susanna Pozzolo y a su magnífica ponencia presentada en el XVIII Congreso de la IVR (*Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie*) desarrollado en Buenos Aires durante 1997 el primer uso de la rúbrica [n]eoconstitucionalismo en un sentido aproximado al que actualmente se le asigna a dicho término”⁸. Aunque, por otro lado, se advierte “que se debe ser muy cuidadoso a la hora de hablar del neoconstitucionalismo. Desde su utilización inicial por S. Pozzolo, este concepto se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y de otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí. Por esta razón, es extremadamente difícil hablar de una versión <estándar> de neoconstitucionalismo, que sintetice lo acaecido en tantos países durante tantos años y, asimismo, lo expresado por tantos autores de tan diferentes contextos y con tan disímiles puntos de vista. Tanta heterogeneidad es sin duda un argumento que, en aras de la claridad y de la consistencia conceptual, desaconseja el uso de la categoría”⁹.

No creo que esto sea necesario. Este, sin embargo, no es el lugar para discutirlo. Aquí en cambio me interesa avanzar sobre la postura de Comanducci para mostrar que no queda claro qué se quiere decir con neoconstitucionalismo. Pues bien, Comanducci sostiene que en una primera acepción es posible distinguir entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico. Y, según Comanducci, en una segunda acepción, el término neoconstitucionalismo designa, en cambio, “algunos elementos estructurales de un sistema jurídico y político, que son descritos y explicados por el (neo)

⁷ Ídem., p. 87, nota 2.

⁸ J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley: ¿El constitucionalismo del Derecho Libre?*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, p. 44. En este sentido, véase L. GARCÍA JARAMILLO, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 208-246, en especial p. 212.

⁹ C. BERNAL PULIDO, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 289-325, en especial p. 301.

constitucionalismo como teoría, o que satisfacen los requisitos del (neo) constitucionalismo como ideología”¹⁰. El neoconstitucionalismo teórico, es decir, como una comprensión de la Teoría del Derecho, según Comanducci, “aspira a describir, los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo”¹¹. El neoconstitucionalismo como teoría, continúa Comanducci, “se caracteriza también y sobre todo por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional”¹². El neoconstitucionalismo ideológico, por su parte, a diferencia del teórico, según Comanducci, “no se limita [...] a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y propugna su defensa y ampliación”¹³. Y el neoconstitucionalismo metodológico, por otro lado, para Comanducci, sostiene “-al menos respecto a situaciones de [D]erecho constitucionalizado, donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre [D]erecho y moral- la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre [D]erecho y moral”¹⁴.

Como se acaba de ver, es posible hablar de variedades de neoconstitucionalismo, de modo que debe quedar claro que “no existe una versión estándar de [n]eoconstitucionalismo y sus distintas variantes son a veces incompatibles entre sí”¹⁵. O,

¹⁰ P. COMANDUCCI, “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 75-98, en especial p. 75.

¹¹ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., p. 90; e *Id.*, “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 83. En contra, M.A. AHUMADA, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., pp. 123-159, en especial p. 138, sostiene que el neoconstitucionalismo teórico es “básicamente indistinguible del corriente [D]erecho constitucional que se ocupa del estudio de los sistemas constitucionales del presente, tanto de los que cuentan con [C]onstituciones normativas como de los que carecen de ellas”.

¹² P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., p. 92. En este sentido, R. ESTRADA MICHEL, “Tradición gaditana y presencia del jefe de Estado en el territorio mexicano: Un análisis histórico para y desde el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 91-104, en especial p. 92, advierte que conviene “recordar que por *neoconstitucionalismo* no hay más remedio que entender un acercamiento renovado a lo que es propio de la Constitución”.

¹³ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., p. 96.

¹⁴ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., p. 99; e *Id.*, “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 87.

¹⁵ J.I. NÚÑEZ LEIVA, “Prefacio”, a *Id.*, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., pp. XVII-XX, en especial p. XVIII.

lo que es lo mismo, “hay que aclarar que estos calificativos se usan con un altísimo nivel de imprecisión: no hay un solo positivismo, como no hay un solo neoconstitucionalismo”¹⁶.

En estas páginas, asumiré que cuando se dice que a mediados del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial, en Europa se produjo un cambio de paradigma respecto al Estado de Derecho, se habla de un tipo de organización política. Se trata del Estado constitucional y, en concreto, de su Derecho¹⁷. Así, como dice Barranco, cuando se habla de neoconstitucionalismo se hace referencia a “la estructura del Estado y al modelo del Derecho”¹⁸. Se han desarrollado un conjunto de teorías que pretenden explicar el sistema jurídico de aquella organización política¹⁹. Se trata de comprensiones de la Teoría del Derecho, a las que suele llamarse neoconstitucionalistas. Están centradas en la Constitución²⁰. Y a mi modo de ver se caracterizan por ser no positivistas²¹ y normativas²² en el sentido de prescriptivas, es decir, intentan señalar un modelo al que debe adecuarse la organización política. Estipularé que la etiqueta neoconstitucionalismo se refiere, por lo menos, a estos aspectos²³. Es decir, a un tipo de

¹⁶ L. PRIETO SANCHÍS, “Réplica a Juan Antonio García Amado”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 265-288, en especial p. 265. Al respecto, M.A. AHUMADA, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., p. 131, afirma que “[a] la vista está que “neoconstitucionalismo” es, según el caso, el nombre que recibe una corriente de pensamiento iusfilosófico, un enfoque (*approach*) jurídico, una nueva cultura jurídica o un nuevo paradigma jurídico, un modelo de Estado, una forma de constitucionalismo, significados que no son necesariamente concurrentes”.

¹⁷ S. SASTRE ARIZA, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 239-258, en especial p. 239.

¹⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 101.

¹⁹ J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., p. 106.

²⁰ L.E. ZAVALA DEALBA, “Los derechos fundamentales ante el (neo) constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 243-263, en especial p. 258.

²¹ A. GARCÍA FIGUEROA, “La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159-186, en especial pp. 164 y 165; *Id.*, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 59; y S. POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 187-210, en especial p. 188.

²² J. AGUILÓ REGLA, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 247-263, en especial p. 250; y L. GARCÍA JARAMILLO, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., p. 236.

²³ M. CARBONELL, “Prólogo”, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, a VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 9 y 10; R. ESCUDERO ALDAY, *De la constitucionalización a la indeterminación...*, cit., p. 398; A. FIGUEROA BURRIEZA, “Nuevas tendencias del Derecho constitucional en Europa”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 105-134, en especial p. 105; L. PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 123; P. SERNA, “Neoconstitucionalismo e interpretación: Dos

organización política y a su sistema jurídico, que un conjunto de teorías pretende explicar a partir de ciertos rasgos²⁴.

La presencia de una Constitución entendida como norma jurídica suprema y rígida, a la que se incorporan contenidos materiales que funcionan como criterios de validez, y que condicionan la interpretación jurídica son algunos de los rasgos del Derecho del Estado constitucional. La hipótesis de esta aproximación es que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho, si de lo que se trata es de explicar el Derecho del Estado constitucional. Una de las claves para entender el trabajo es que existen variedades de positivismo jurídico, pero aquí se optará por la propuesta de H.L.A. Hart.

La finalidad de la primera parte de la investigación es aportar argumentos para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. En el capítulo primero, prestaré atención a la cuestión de qué se quiere decir cuando se habla del positivismo jurídico hartiano, para luego desarrollar un primer argumento que pretende responder a si la teoría de Hart resistió la crítica de Dworkin. Para justificar que el positivismo hartiano es la mejor versión posible

reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 211-225, en especial p. 213; e *Id.*, “Presentación”, a L.M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores...*, cit., pp. XIII-XIX, en especial p. XIV.

²⁴ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 130 y 131; J.C. BAYÓN, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 285-355, en especial pp. 287 y 288; C. BERNAL PULIDO, “Estudio Introductorio”, a R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. XXV-LXXX, en especial pp. XXXI y XXXII (R. ALEXI, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986); P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., pp. 90 y 91; *Id.*, “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 83; L.M. CRUZ, “Introducción”, a *Id.*, *La Constitución como orden de valores...*, cit., p. 4; R. ESCUDERO ALDAY, *De la constitucionalización a la indeterminación...*, cit., p. 398; J.B. ETCHEVERRY, “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del Derecho”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 91-109, en especial p. 97; A. FIGUERUELO BURRIEZA, “Nuevas tendencias del Derecho constitucional en Europa”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., p. 106; L. GARCÍA JARAMILLO, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 224 y 225; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp. 184 y 185; *Id.*, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 35; *Id.*, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 130; *Id.*, “Prólogo”, a J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., pp. XI-XVI, en especial p. XIII; S. SASTRE ARIZA, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 240 y 241; y P. TORRES ESTRADA, “Presentación”, a VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., p. 8.

del positivismo a partir de aquí, habrá que justificar que otras versiones no la resisten. Pienso en el positivismo incluyente.

Señalaré que Hart, en respuesta a Dworkin e, incluso, antes de su crítica, admite que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido. Como se verá, esta concesión es importante, porque una vez aceptada será necesario diferenciar la versión de Hart del positivismo jurídico incluyente. A partir de la exposición de algunas variedades de este último planteamiento, en el capítulo segundo examinaré si la teoría de Hart es lo mismo que estas variedades o bien, determinar en qué aspectos difieren. Sobre lo que quiero llamar la atención es que otro argumento para defender que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, tiene que ver con la idea de que el positivismo incluyente, a diferencia de la teoría de Hart, no resiste la crítica de Dworkin.

Creo que, en reacción al positivismo jurídico incluyente, se desarrolla una línea de pensamiento que se conoce como positivismo jurídico excluyente. En el capítulo tercero, intentaré justificar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a esta versión excluyente. Del mismo modo que ocurre con la versión incluyente, existen variedades de positivismo jurídico excluyente. A partir de la exposición de algunas de estas variedades, otro argumento pretenderá responder a si la teoría de Hart es lo mismo que el positivismo jurídico excluyente o bien, determinar en qué aspectos difieren.

En la segunda parte del texto, una vez justificado que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, defenderé que también lo es frente a teorías no positivistas, como las neoconstitucionalistas, pues ofrece una mejor explicación del Derecho del Estado constitucional. El neoconstitucionalismo afirma la insuficiencia del positivismo jurídico a partir de algunos argumentos. Estos serán el hilo conductor de la segunda parte de la investigación. En el capítulo cuarto, desarrollaré un primer argumento que tiene que ver con la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. El positivismo jurídico, según el neoconstitucionalismo, es una explicación del Derecho a partir de un modelo de reglas. Si en el Derecho del Estado constitucional existen otros estándares como valores, principios y derechos fundamentales, el neoconstitucionalismo viene a decir que el positivismo es insuficiente porque no es capaz de explicar estándares distintos de las

reglas. Y es que además, si los valores, principios y derechos fundamentales son moral, existe una relación necesaria entre Derecho y moral, que vulnera tesis características del positivismo, como la de las fuentes sociales y la de la separación conceptual entre Derecho y moral.

El neoconstitucionalismo, por otro lado, presupone que el positivismo jurídico afirma que el Derecho es un sistema dinámico. Esto es, la validez de las normas depende de criterios formales, es decir, órgano competente y procedimiento adecuado. A partir de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es que la validez de las normas no sólo depende de criterios formales, sino también de criterios materiales. Es decir, de su conformidad con los valores, principios y derechos fundamentales. En el capítulo quinto, abordaré el argumento de las teorías neoconstitucionalistas según el cual el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, porque este es un sistema mixto, y no dinámico como lo piensa el positivismo. Se trata de la tesis del Derecho como sistema normativo mixto.

El positivismo jurídico, según el neoconstitucionalismo, afirma el método jurídico tradicional o, por el contrario, la tesis de la discrecionalidad judicial. Uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es que los contenidos materiales incorporados en la Constitución condicionan la interpretación jurídica, de manera que la interpretación constitucional es diferente de la interpretación de la ley. Algunas teorías neoconstitucionalistas argumentan que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, porque este requiere de técnicas como la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica, que el positivismo no ofrece. En el capítulo sexto, prestaré atención al problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional.

Sospecho que los argumentos del neoconstitucionalismo para defender la insuficiencia del positivismo jurídico son poco plausibles. Asimismo, tengo ciertas dudas sobre algunos de los presupuestos a partir de los cuales el neoconstitucionalismo formula estos argumentos e, incluso, me inclino a pensar que quizás exista cierta discusión sobre los rasgos que identifican el Derecho del Estado constitucional. En fin, creo que conviene avanzar que estoy de acuerdo con posturas como, por ejemplo, la de R. de Asís cuando dice que “el positivismo jurídico, acusado por algunos como un planteamiento

insuficiente para dar cuenta del funcionamiento de los [D]erechos en los modernos Estados constitucionales, es completamente capaz de explicar y asumir el sentido y el significado de los [D]erechos en esos Estados”²⁵. No se trata, sin embargo, de cualquier positivismo. Mi tesis es que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho, si lo que se está buscando es una explicación del Derecho del Estado constitucional. Este trabajo es una defensa de la teoría del profesor Hart frente al neoconstitucionalismo.

²⁵ R. de ASÍS ROIG, “Prólogo”, a M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 13-17, en especial p. 15.

PRIMERA PARTE

Sobre algunas variedades de positivismo jurídico

CAPÍTULO I

Positivism jurídico y el concepto de Derecho

La finalidad de esta primera parte de la investigación es mostrar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. El objeto de este capítulo es examinar qué rasgos identifican el positivismo jurídico de Hart, y mostrar algunas de las objeciones que se han formulado frente a sus propuestas. Con esta perspectiva, se abordará la contextualización de la Teoría del Derecho de Hart, señalando cuales fueron sus influencias filosóficas. A continuación, se presentarán las tres ideas centrales sobre las que se construye esta teoría: la concepción del Derecho como práctica social, la conexión contingente entre Derecho y moral y la discrecionalidad judicial. Finalmente, se abordarán las críticas de Dworkin al positivismo jurídico.

1. Una teoría general y descriptiva del Derecho

Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-1992) ha sido considerado uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX¹, pues transformó el estudio de esta disciplina en el “mundo anglosajón y fuera de él”². Aunque se ha sostenido que clasificar a Hart como positivista es una “cuestión secundaria”³, no cabe duda de que en la cultura jurídica se le considera uno de los autores representativos del positivismo jurídico y, como se verá, su trabajo “revitalizó” este planteamiento sobre el Derecho.

¹ M.H. KRAMER y C. GRANT, “Introducción”, a VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (2007), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, compilación de M.H. Kramer et al, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 19-25, en especial p. 19 (VV.AA., *The Legacy of H.L.A. Hart. Legal, Political and moral Philosophy*, compilación de M.H. Kramer et al, Oxford University Press, 2008); y R. TAMAYO Y SALMORÁN, “H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica”, “Estudio Preliminar”, a H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho* (1994), trad. de R. Tamayo y Salmorán, edición de P.A. Bulloch y J. Raz, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. XI-XXXV, en especial p. XII (H.L.A. HART, *Postscript*, Oxford University Press, 1994).

² N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), trad. de J.M. Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 57 y 96 (N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), Stanford University Press, 2ª ed., 2008); J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 17; y P. SERNA, “Prólogo”, a C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart: Abogado del positivismo jurídico* (1995), Eunsa, Pamplona, 1997, pp. XV-XXVIII, en especial p. XVI.

³ C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart...*, cit., p. 4.

Una de las influencias ideológicas de Hart es la jurisprudencia analítica⁴, de modo que puede ser adscrito a esta corriente⁵, cuyo precursor fue T. Hobbes⁶. Al respecto, en el Prefacio a la edición inglesa de *The Concept of Law*⁷, Hart afirma que: “[e]l jurista verá en [ese] libro un ensayo de teoría jurídica analítica (*analytical jurisprudence*), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del [D]erecho o política jurídica”⁸.

Suele citarse a J. Austin como fundador⁹ de este tipo de aproximación al Derecho que se caracteriza por tratar de separar la reflexión sobre el conocimiento del Derecho, de la reflexión sobre su justicia o injusticia¹⁰, centrándose en analizar los conceptos¹¹. En palabras de Hart, “la jurisprudencia analítica se dice a menudo le concierne el análisis de los conceptos jurídicos fundamentales”¹². Pero se trata de un “análisis no valorativo e independiente de la historia y de las ciencias empíricas”¹³. Es, en fin, una “búsqueda por los significados de términos y conceptos”¹⁴ comunes a todo sistema jurídico¹⁵.

⁴ J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 111 y 112. Sobre la relación entre la jurisprudencia analítica y el positivismo jurídico, véase R. TAMAYO Y SALMORÁN, “H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica”, “Estudio Preliminar”, a H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. XVIII.

⁵ A pesar de que J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho* (1991), trad. de A. Ackerman, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 58 (J.G. RIDDALL, *Jurisprudence*, Butterworths, Londres, 1991) considera que se trata de una escuela. En contra de la caracterización de la jurisprudencia analítica como escuela, véanse J. MUGUERZA, “Esplendor y miseria del análisis filosófico”, “Introducción” (1973), a VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), trad. de A. Deaño et al, edición de J. Muguerza, Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 15-138, en especial p. 16; y J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 7.

⁶ E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho* (1940), trad. de V. Herrero, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., México, 1964, p. 161 (E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, McGraw Hill, Nueva York-Londres, 1940).

⁷ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2007 (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Londres, 1961).

⁸ Ídem., p. XI.

⁹ G. PALOMBELLA, *Filosofía del Derecho: Moderna y contemporánea* (1996), trad. de J. Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999, p. 101.

¹⁰ E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 314 y 315.

¹¹ G.R. CARRIÓ, “Prefacio”, a H.L.A. HART, *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. IX-XXII, en especial p. XI; y J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. 16.

¹² H.L.A. HART, “Legal Powers” (1972), en *Id.*, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 194-219, en especial p. 195 (H.L.A. HART, “Legal Powers”, *Yale Law Journal*, lxxx, 1972).

¹³ C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart...*, cit., p. 33.

¹⁴ B.H. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 6.

¹⁵ A. CALVO ALFAGEME, *La jurisprudencia analítica de la escuela inglesa*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Madrid, 1915, pp. 11 y 12.

En los trabajos de Hart también es posible apreciar la influencia de la filosofía analítica del lenguaje ordinario¹⁶, que es una aproximación filosófica desarrollada en Oxford y Cambridge¹⁷, y que concibe a la Filosofía como análisis del lenguaje¹⁸, por lo que, señala Quine, tiene como “tarea propia el examen de las sutiles irregularidades del lenguaje ordinario”¹⁹, tratando de desentrañar el significado de los términos en su uso ordinario²⁰. Así lo reconoció Hart en su clase inaugural dictada en la Universidad de Oxford el 30 de mayo de 1953, cuando afirmó que “las palabras jurídicas sólo pueden ser elucidadas considerando las condiciones bajo las cuales son verdaderos los enunciados en los cuales aquéllas tienen su característico uso [...] Pero aunque el tema de las definiciones jurídicas tiene su historia, es sólo con el beneficioso giro de la atención filosófica hacia el lenguaje, que han surgido las características generales de todo ese estilo de pensamiento y discurso humano que se ocupa de reglas y de su aplicación a la conducta”²¹.

Quizás sea posible considerar la jurisprudencia analítica y la filosofía analítica del lenguaje ordinario como una sola línea de pensamiento. Por ejemplo, si tomamos en cuenta las siguientes palabras de Hart: “[d]éjenme ahora voltear a lo que ha sido llamado por los abogados americanos e ingleses “jurisprudencia analítica”. Es necesario [...] distinguir dos fases de los estudios jurídicos que así han sido llamados. La primera fase es asociada con los nombres de Jeremy Bentham y John Austin, los grandes pensadores

¹⁶ L. GREEN, “Introduction”, a H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Oxford University Press, 3ª ed., Londres, 2012, pp. xv-lv, en especial p. xlvii; y J.M. PÉREZ BERMEJO, “Hart, o el tiempo recobrado”, “Estudio Preliminar”, a N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart, cit.*, pp. 11-49, en especial p. 12. En contra de la idea de que la filosofía analítica del lenguaje ordinario es una de las influencias filosóficas de Hart, véanse C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart..., cit.*, p. 273; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart..., cit.*, p. 102.

¹⁷ J. MUGUERZA, “Esplendor y miseria del análisis filosófico”, “Introducción” (1973), a VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía, cit.*, p. 89, nota 88. De hecho, H.L.A. HART, “Introduction”, a *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 1-18, en especial p. 2, reseña que los años durante los cuales enseñó en Oxford “coinciden con el período cuando la aproximación a la Filosofía que fue conocida como “Filosofía lingüística” fue la más influyente en Oxford y Cambridge”.

¹⁸ A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica* (1997), Tecnos, 11ª ed., Madrid, 2012, p. 31; y E. TUGENDHAT, *Introducción a la Filosofía Analítica* (1976), trad. de J. Navarro Pérez, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 18 (E. TUGENDHAT, *Verlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt/Main, 1976).

¹⁹ W.V.O. QUINE, “Filosofía y decisión óntica” (1959), trad. de M. Sacristán, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía, cit.*, pp. 552-596, en especial p. 579 (W.V.O. QUINE, *Word and Object*, The MIT Press, Cambridge, 1959).

²⁰ L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (1960), Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1979, p. 243; y J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho, cit.*, pp. 9 y 10.

²¹ H.L.A. HART, “Definición y teoría en la ciencia jurídica” (1953), en *Id.*, *Derecho y moral..., cit.*, pp. 93-138, en especial p. 138 (H.L.A. HART, “Definition and theory in jurisprudence”, Oxford University Press, 1953).

utilitarios del siglo XIX [...] La segunda fase es un desarrollo comparativamente reciente y ha sido inspirado por un movimiento distintivo de la Filosofía general que concierne al lenguaje. Sus principales exponentes fueron Viennese Ludwig Wittgenstein, profesor en Cambridge de 1930-50, y otro Austin, John L. Austin, profesor de Filosofía Moral en Oxford desde 1952 hasta su muerte en 1959”²². Sea como fuere creo que queda claro que ambas inspiraron a Hart en la elaboración de su Teoría del Derecho, que se presentará a continuación.

En *The Concept of Law*²³, Hart propone una Teoría General del Derecho. Como explica en el Prefacio a la edición inglesa, en esa obra no compara su teoría con otras por un propósito pedagógico, pues en su opinión, un libro de esta naturaleza no trata de informar sobre el contenido de otros²⁴, sino de enfrentarse con algunas “perplejidades” a las que Hart ya se había referido con anterioridad, y que “hallan expresión en aquellas preguntas de la teoría jurídica analítica que son habitualmente consideradas como pedidos de definiciones. ¿Qué es el [D]erecho? ¿Qué es un Estado? ¿Qué es un derecho subjetivo? ¿Qué es la posesión?”²⁵. Pero la más interesante es la respuesta que se ha dado a la pregunta ¿qué es Derecho? Por este motivo en las primeras líneas de su libro, Hart reconoce que: “[p]ocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta “¿qué es [D]erecho?””²⁶. El objeto de la Teoría del Derecho, para Hart, es responder a esta pregunta. La defensa de esta teoría, como ya se dijo en la introducción, es el propósito de la presente investigación²⁷.

La Teoría del Derecho de la que estoy hablando es, en primer término, “una teoría descriptiva en la que el filósofo ha de adoptar un punto de vista distanciado y neutral

²² H.L.A. HART, “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence” (1970), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 265-277, en especial p. 271 (H.L.A. HART, “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence” is reprinted by permission of Vandenhoeck and Ruprecht Verlag, from *Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering*, ed. F. Wieacker and Chr. Wollschläger (1970)).

²³ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

²⁴ Ídem., p. XII.

²⁵ H.L.A. HART, “Definición y teoría en la ciencia jurídica” (1953), en *Id.*, *Derecho y moral...*, cit., p. 94.

²⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 1.

²⁷ Pero también se pondrá énfasis en las críticas que ha suscitado la teoría de Hart, pues quizás tenga razón L. GREEN, “Introduction”, a H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. xvi, cuando afirma que: “[l]a Teoría del Derecho de Hart es correcta en parte, equivocada en parte, y, aquí y allá, un poco oscura”.

desde el que obtendrá una teoría <conceptual> de validez general”²⁸. En palabras de Hart, una explicación es *descriptiva* en la medida en que “es moralmente neutral y no tiene ningún propósito justificativo: no busca justificar o recomendar en fundamentos morales, o en otros, las formas o estructuras que aparecen en [su] descripción general del [D]erecho, aunque un claro entendimiento de éstos [piensa] es un preliminar importante para cualquier crítica moral útil del [D]erecho”²⁹.

Esta teoría, además de descriptiva como ya se dijo, es general. Así, para Hart, su teoría: “[e]s *general* en el sentido que no está vinculada con ningún orden jurídico o cultura jurídica particulares, sino que busca dar una descripción explicativa y esclarecedora del [D]erecho como institución social y política compleja, gobernada por normas (en este sentido, de aspecto “normativo”)”³⁰. Aunque algunos han visto en la obra en que Hart elabora su teoría, esto es, *The Concept of Law*³¹, un libro referido a un sistema jurídico particular³².

Además de ser general y descriptiva, el objetivo de la Teoría del Derecho es responder a la pregunta ¿qué es Derecho? Pero, en sus palabras, su propósito en *The Concept of Law*³³ “no es dar una definición de [D]erecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el [D]erecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales”³⁴. Entendida de esta forma, la teoría de Hart tiene como núcleo las tres tesis que caracterizan su positivismo jurídico³⁵, y que se expondrán en el apartado siguiente: la tesis de las fuentes sociales, la de la separación conceptual entre Derecho y moral, y la de la discrecionalidad judicial.

²⁸ J.M. PÉREZ BERMEJO, “Hart, o el tiempo recobrado”, “Estudio Preliminar”, a N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 13.

²⁹ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho, cit.*, p. 11.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho, cit.*

³² N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 65; y R. TAMAYO Y SALMORÁN, “H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica”, “Estudio Preliminar”, a H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho, cit.*, p. XIV.

³³ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho, cit.*

³⁴ *Ídem.*, pp. 20 y 21.

³⁵ H.L.A. HART, “El nuevo desafío del positivismo jurídico” (1979), trad. de L.L. Hierro *et al*, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 3-18, en especial p. 3.

2. Las tesis que identifican el positivismo jurídico hartiano

2.1. La tesis de las fuentes sociales

La respuesta a la pregunta ¿qué es Derecho? que es, como se ha apuntado, la cuestión principal de la Teoría del Derecho, plantea tres problemas: la diferencia entre el Derecho y las órdenes respaldadas por amenazas, con el que se relaciona la determinación de qué son las reglas, y la distinción entre obligación moral y obligación jurídica³⁶. A continuación, se analizará el modo en el que Hart presenta estos problemas, así como las respuestas que ofrece a cada uno de ellos.

Según Hart, Austin considera que el Derecho está constituido por órdenes respaldados por amenazas. Y, efectivamente, “[l]a característica general más destacada del [D]erecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en *algún* sentido”³⁷. Sin embargo, la caracterización de Austin es insuficiente. De esta forma, el primer problema al que se enfrenta Hart en su conceptualización del Derecho es la diferencia entre el Derecho y las órdenes respaldadas por amenazas. La respuesta la sitúa Hart en la idea de que el Derecho es un sistema de reglas, con lo que se plantea la cuestión de determinar ¿qué son las reglas? y cuando una regla existe. En el trabajo de Hart, esta cuestión constituye un tercer problema, pero aquí será abordado al hilo de la distinción entre el Derecho y las órdenes respaldadas por amenazas.

Para considerar en detalle las deficiencias que Hart aprecia en la teoría de Austin, creo que es necesario dar cuenta de ella, aunque sea brevemente. Referirme en las líneas siguientes a la obra de Austin está justificado. Primero, si no perdemos de vista que, como se ha sostenido³⁸, Hart elabora parte de su Teoría del Derecho a partir de una crítica a aquella obra, pues: “[l]a revisión de los problemas tradicionales suponía una revisión de

³⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 16.

³⁷ Ídem., p. 7.

³⁸ J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. 154; J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, cit., p. 49; y R. TAMAYO Y SALMORÁN, “H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica”, “Estudio Preliminar”, a H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. XXIII.

los textos tradicionales, y, por encima de todos, de *The Province of Jurisprudence Determined*, de Austin”³⁹. El propio Hart enuncia esta primera razón para ocuparnos de la obra de Austin, cuando afirma en el Prefacio a la edición inglesa que “en verdad buena parte del libro [*The Concept of Law*] se ocupa de las deficiencias de un modelo simple de sistema jurídico, construido según las líneas de la teoría imperativa de Austin”⁴⁰. Y segundo, si tomamos en cuenta que Hart presenta su teoría a manera de superación de las ideas de Austin⁴¹ y, en concreto, a través de la regla de reconocimiento⁴².

A la Teoría del Derecho de J. Austin como ya se dijo se le conoce como “teoría imperativa” o “teoría imperativista”, pues tiene como uno de sus rasgos centrales la idea de mandato. De hecho, se ha sostenido que: “[e]sta palabra es la llave del análisis de la ley, y conforme a ello, una gran parte del trabajo de Austin se ocupa de la determinación de su significado”⁴³. Como veremos no se trata de cualquier mandato, sino del mandato de un soberano.

Quién mejor que Hart para introducirnos en estas ideas de la obra de Austin: “[l]a esencia de la doctrina de Austin quizás deba ser establecida brevemente. Su objetivo es identificar las características distintivas del Derecho positivo y liberarlo de la confusión con preceptos de religión y moral que han sido sostenidos por las teorías del Derecho [n]atural. Para este propósito Austin usa dos nociones: la primera es la de mandato [*command*] que él analiza como expresión del deseo de una persona que tiene el propósito y algo de poder para infligir un mal en caso de que su deseo no sea cumplido; la segunda es el hábito de obediencia [*habit of obedience*] de determinada persona [...] [De este modo, los] derechos propiamente llamados son definidos como mandatos que obligan a una persona o personas a un curso de conducta y la “diferencia esencial” del Derecho positivo puede ser encontrada en que es establecido por un soberano a los miembros de una sociedad política independiente”⁴⁴. El mandato y el hábito de obediencia a un soberano son, pues, los dos elementos a partir de los cuales Austin elabora su Teoría del Derecho. Me referiré a continuación al primero de ellos, es decir, a la idea de mandato.

³⁹ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 89.

⁴⁰ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. XII.

⁴¹ B.H. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, cit., p. 83.

⁴² J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 114.

⁴³ A. CALVO ALFAGEME, *La jurisprudencia analítica de la escuela inglesa*, cit., p. 19.

⁴⁴ H.L.A. HART, “Introduction” (1954), a J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis, 1998, pp. vii-xviii, en especial p. x.

Austin distingue entre diversas clases de Derecho. Primero, el Derecho divino que es aquel establecido por Dios para el hombre. Segundo, el Derecho positivo que es Derecho simple y estrictamente llamado, y que constituye, según su opinión, el tema apropiado de la Jurisprudencia. Tercero, la moral positiva que es un conjunto de reglas morales. Y cuarto, el Derecho metafórico o figurativo. De entre estas diversas clases de Derecho, algunos son propia y otros son impropia y llamados Derecho⁴⁵. Esta distinción se explica si atendemos al hecho de que “Austin considera que existen usos propios e impropios de las palabras, según expresen o no esa esencia o naturaleza de las cosas”⁴⁶. Lo importante es tener claro que, según Austin, los llamados propiamente derechos son mandatos⁴⁷. El Derecho divino y el Derecho positivo son ejemplos de esta clase. Aquí nos interesa este último, respecto del cual Austin avanza que: “[c]ada Derecho positivo o cada Derecho simple y estrictamente llamado, es establecido por un soberano, o por un cuerpo de personas soberanas, a un miembro o miembros de una sociedad política independiente de manera que esa persona o cuerpo son soberanos o supremos”⁴⁸.

De este modo, afirma Austin, el Derecho o bien, cada norma, como componente mínimo del Derecho, es un mandato. En sus palabras: “[c]ada [D]erecho o regla (tomado con el mayor significado que se le pueda dar al término propiamente) es un *mandato*. O [...] [dicho de otra forma] derechos o reglas, propiamente llamados, son especies de mandatos”⁴⁹. El mandato es un deseo. Pero el mandato se distingue de otros deseos. La diferencia está en que el mandato es un deseo que expresa quien tiene el poder, así como el propósito de infligir un mal en caso de que quien lo recibe no cumpla con el mandato. En palabras de Austin: “[u]n mandato es el significado de un deseo. Pero un mandato se distingue de otros significados de deseo por esta particularidad: que quien lo dirige puede infligir un mal a otro, en caso de que el deseo no sea cumplido”⁵⁰. Así entendido, el mandato puede ser expreso o bien, tácito. El mandato es expreso si se formula a través de palabras (orales o escritas). Pero quizás no deba perderse de vista que: “[e]n la teoría de Austin, un mandato es una entidad ideal que no equivale ni al acto de su emisión ni a las

⁴⁵ Para una crítica sobre esta distinción, véase A. CALVO ALFAGEME, *La jurisprudencia analítica de la escuela inglesa*, cit., p. 16.

⁴⁶ I. TURÉGANO MANSILLA, *Derecho y moral en John Austin* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 133.

⁴⁷ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 1.

⁴⁸ *Idem.*, p. 9.

⁴⁹ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (1869), edición de R. Campbell, Scholarly Press, Inc., 12ª reimp., Michigan, 1977, p. 11; e *Id.*, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 13.

⁵⁰ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 14.

palabras empleadas en tal acto”⁵¹. El mandato es tácito, en cambio, si se expresa a través de alguna conducta o bien, de signos. Este último tipo de mandato es, para Austin, la explicación de la costumbre, pues “cuando las costumbres se convierten en reglas legales por las decisiones de los jueces, las reglas legales que emergen de las costumbres son mandatos tácitos de la legislatura soberana”⁵².

Ya sea que el mandato sea expreso o tácito, su correlativo, en la teoría de Austin, es una obligación. En sus palabras: “[e]star sujeto a un mal si yo no cumplo con el significado de tu deseo, yo estoy obligado por tu deseo, o tengo el deber de obedecerlo”⁵³. Este mal no es otra cosa más que la sanción con la que se amenaza en caso de incumplimiento del mandato. Por ello: “[s]egún Austin, las normas jurídicas son en sí mismas obligatorias sin necesidad de apelar a elementos externos al mandato. La obligación deriva de la propia norma puesto que ella contiene los elementos que la hacen obligatoria: la previsión de un daño probable. Estar jurídicamente obligado significa estar expuesto a la sanción que el soberano puede aplicar”⁵⁴. En fin, según Austin: “[c]ada Derecho (propriadamente llamado) es un *mandato* [...] Cada mandato, es una *obligación*, por virtud de su correspondiente sanción”⁵⁵. Pero como señalé no se trata de cualquier mandato, sino del mandato de un soberano.

En la teoría de Austin, el Derecho positivo es establecido por un soberano: “[c]ada [D]erecho positivo, o cada [D]erecho estrictamente llamado, es establecido por un soberano, o un cuerpo de personas soberanas, a un miembro o miembros de una sociedad política independiente dentro de la cual esa persona o cuerpo es soberano o supremo”⁵⁶. El soberano, que puede ser una persona en lo individual o bien, un cuerpo de personas⁵⁷, lo es siempre que exista un hábito general de obediencia a ese individuo o cuerpo. En palabras de Austin: “[s]i un hombre superior determinado, recibe obediencia habitual del conjunto de una sociedad dada, ese superior determinado es soberano en esa sociedad, y la sociedad (incluido el superior) es una sociedad política e independiente”⁵⁸. Esta sociedad política e independiente se caracteriza por dos elementos. El primero de ellos es

⁵¹ I. TURÉGANO MANSILLA, *Derecho y moral en John Austin*, cit., p. 237.

⁵² J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 32.

⁵³ Ídem., p. 14.

⁵⁴ I. TURÉGANO MANSILLA, *Derecho y moral en John Austin*, cit., p. 260.

⁵⁵ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, cit., p. 161.

⁵⁶ Ídem., pp. 11 y 62.

⁵⁷ En contra, véase I. TURÉGANO MANSILLA, *Derecho y moral en John Austin*, cit., p. 325.

⁵⁸ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. 194.

el hábito de obediencia a un soberano. Y el segundo elemento es que el soberano no tiene el hábito de obedecer a persona alguna. Esta última idea quiere decir que el soberano es jurídicamente ilimitado. Porque si el soberano estuviera limitado o, dicho de otra forma, si tuviera el hábito de obedecer a alguna otra persona no estaríamos en presencia del concepto de soberano de Austin, pues recuérdese que en su opinión: “[e]l supremo poder limitado por el [D]erecho positivo es una contradicción en términos”⁵⁹.

La tesis del soberano jurídicamente ilimitado ha sido objeto de crítica. Por ejemplo, se ha sostenido que rebasaría el ámbito de una Teoría del Derecho (positivista⁶⁰). Sin embargo, se ha dicho también que: “[e]l soberano austiniano es fundamentalmente un elemento de su sistema de Jurisprudencia general y, como tal, es independiente de la teoría política y de la Jurisprudencia particular. La soberanía es un concepto formal que permite identificar las normas jurídicas: se dice que una regla que tiene una estructura imperativa y coactiva es jurídica cuando se puede remitir al soberano de una sociedad política independiente”⁶¹. Una segunda crítica es que la idea de un soberano ilimitado difícilmente podría explicar “la autoridad suprema de los Estados democráticos, los Estados federales y aquellos que se han dotado de [C]onstituciones rígidas”⁶². Ilimitado o no, se ha dicho que la idea de un soberano, y de ahí una tercera crítica, expresa que Austin confunde al soberano “como postulado formal del que derivan lógicamente todas las normas del sistema, con el poder concreto que en cada Estado ostentan una persona o personas determinadas”⁶³.

Hart, conviene repetirlo, elabora parte de su teoría a manera de reacción frente a la obra de Austin, aunque reconoce que: “[e]l intento más claro y más completo de analizar el concepto de [D]erecho en términos de los elementos aparentemente simples de mandatos y hábitos, fue el que realizó Austin en *The Province of Jurisprudence Determined*”⁶⁴. Cuando *A* desea que *B* realice algo utiliza una expresión lingüística llamada “modo imperativo”. Este puede ser un pedido, una súplica o una advertencia. Pero la más característica es la orden. Aquí el ejemplo del asaltante que no pide ni suplica, sino que para que su orden sea cumplida amenaza con hacer algo dañoso o desagradable.

⁵⁹ Ídem., p. 254.

⁶⁰ J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 25.

⁶¹ I. TURÉGANO MANSILLA, *Derecho y moral en John Austin*, cit., pp. 321 y 322.

⁶² Ídem., p. 337.

⁶³ Ídem., p. 201.

⁶⁴ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 23.

En este escenario, dice Hart, “usaremos las expresiones “órdenes respaldadas por amenazas” y “órdenes coercitivas” para aludir a órdenes que, como las del asaltante, están apoyadas únicamente en amenazas, y utilizaremos las palabras “obediencia” y “obedecer” para referirnos al cumplimiento de tales órdenes”⁶⁵. La palabra “mandato”, sin embargo, explica Hart, se usa en contextos militares, con una organización jerárquica. De hecho, cuando hay un mandato no es necesaria una amenaza, pues mandar es ejercer una autoridad, no amenazar. Pero Austin sí llama mandato a una orden respaldada por amenazas. En fin, Hart continúa con la crítica a la teoría de Austin conforme a lo siguiente.

En una sociedad moderna un funcionario puede mandar a una persona directamente. El policía *A* le ordena al conductor *B* que se detenga. Pero estas órdenes no son características del funcionamiento del Derecho, pues no hay tantos funcionarios como personas. En cambio, la forma típica (incluida la ley penal que es para Hart la norma que más se asemeja a una orden respaldada por amenazas) “es general de dos maneras; indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas”⁶⁶. De este modo se dice que las directivas jurídicas son generales. Este es el primer elemento que le falta a la orden del asaltante para ser Derecho. El asaltante tiene que dirigirse al empleado del banco. La norma jurídica es deseable que se ponga en conocimiento de sus destinatarios, y los sistemas jurídicos establecen mecanismos para ello, pero Hart advierte que, salvo regla en contrario, “las normas jurídicas son válidamente creadas aun cuando las personas afectadas por las mismas tengan que averiguar por su cuenta qué normas han sido dictadas y quiénes son los afectados por ellas”⁶⁷. Pero esta no es la única diferencia entre la orden del asaltante y el Derecho.

El asaltante es de alguna forma superior al empleado de banco, y así da una orden respaldada por amenazas. Pero esta orden no es frecuente. El Derecho, en cambio, sí se caracteriza por su permanencia. Y de aquí se pasa a otro elemento que es la posibilidad de que las órdenes sean cumplidas. Es lo que Austin llama “hábito general de obediencia”. Noción que, como muchas otras, es vaga e imprecisa, pues cuántos deben obedecer, cuántas órdenes, y por cuánto tiempo, son preguntas difíciles de responder. Pero en este hábito, como ya se dijo siguiendo a Hart, hay un elemento más que distingue a las órdenes

⁶⁵ Ídem., p. 25.

⁶⁶ Ídem., p. 27.

⁶⁷ Ídem., p. 28.

respaldadas por amenazas y el Derecho, pues este “tiene un carácter relativamente permanente y establecido”⁶⁸, la orden no.

Hay, sin embargo, según Hart, otro aspecto que debe ser considerado. Se trata de quién da la orden. Un sistema jurídico moderno es supremo en un territorio e independiente de otros. Sí, quizás haya quién dé órdenes respaldadas por amenazas que reciben obediencia habitual. Pero, por poner un ejemplo, en Inglaterra hay otros sujetos o cuerpos que tienen el poder de legislar, llamados “órganos subordinados”, por su oposición a la “Reina en Parlamento”, que es un órgano supremo. Estos elementos supremos y subordinados explican que el sistema jurídico sea único y que, claro está, se encuentre jerarquizado. Este órgano que calificamos como supremo no es otra cosa más que el “soberano” en la teoría de Austin.

En suma, Hart señala que, si comparamos las normas de un sistema jurídico con las órdenes respaldadas por amenazas, surgen varias objeciones. No toda norma ordena hacer o no hacer. No toda norma es legislada ni es expresión de un deseo. No toda norma, en fin, es una orden. De este modo para Hart son tres las objeciones que pueden ser formuladas a las órdenes respaldadas por amenazas: por su contenido, por su ámbito de aplicación y por su origen⁶⁹.

En relación con la primera objeción, esto es, por el contenido, quizás lo primero que convenga recordar, de acuerdo con Hart, es que el Derecho penal o las normas que regulan la responsabilidad penal, por ejemplo, aparecen próximos a la idea de órdenes respaldadas por amenazas, en la medida en que implican un deber cuya violación acarrea una sanción. Sin embargo, en el Derecho existen otras normas que no establecen que las personas hagan algo lo quieran o no. Por ejemplo, las normas sobre contratos, matrimonios y testamentos, que no imponen deberes, sino que otorgan potestades, que pueden ser privadas o públicas⁷⁰. Asimismo, este segundo tipo de normas presuponen otras que se refieren, por ejemplo, a la capacidad de las personas, a la forma en que la potestad debe ejercerse y, en fin, aquellas que se refieren a plazos o a la estructura de los derechos y obligaciones que surgen de un contrato, matrimonio o testamento.

⁶⁸ Ídem., p. 30.

⁶⁹ J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 50-52.

⁷⁰ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 180.

Ejemplos de normas que confieren potestades públicas, continúa Hart, los encontramos en las tres ramas en que regularmente se divide un gobierno -judicial, legislativa y administrativa-. En el primer caso, existen normas que se refieren a la jurisdicción, a la designación de quién es juez y, en fin, aquellas que regulan el procedimiento judicial, que son normas que confieren potestades, y difieren de las órdenes respaldadas por amenazas porque, en palabras de Hart, “el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas”⁷¹.

En la rama legislativa, también existen normas que confieren potestades públicas. Así, el simple caso de una ley que otorga la potestad de legislar, que dista de ser una orden respaldada por amenazas. Pues, según Hart: “[l]a legislación es un ejercicio de potestades jurídicas “operativas” o efectivas en la creación de derechos subjetivos y deberes. La no conformidad con las condiciones establecidas por la regla habilitante hace que lo realizado carezca de efectividad y sea, a estos fines, un acto nulo”⁷². Las normas sobre legislación señalan la materia, las condiciones de sus integrantes, así como la manera y procedimiento para llevarla a cabo.

En el Derecho hay, pues, algunas normas que imponen deberes, y que en cierta forma son análogas a las órdenes respaldadas por amenazas, y otras que confieren potestades privadas y públicas. No obstante, según Hart, con un afán de uniformidad en la teoría jurídica, se han formulado dos argumentos en contra de esta diversidad de normas.

Uno de los argumentos se refiere a la nulidad como sanción. Este afirma que la nulidad que produce la contravención de una norma que confiere potestades no es otra cosa más que la sanción que se sigue de la inobservancia de una norma que impone deberes. Esta asimilación, según Hart, es una confusión. Porque la nulidad, a diferencia de la sanción, no siempre es un “mal”. Pero mucho más importante es reconocer que la nulidad no se asimila a una sanción como estímulo para cumplir la norma. Una norma penal establece una sanción para evitar un delito. Pero una norma que establece la forma de los contratos no tiene este objetivo. Lo mismo podría decirse de una medida legislativa que por no alcanzar la mayoría de votación requerida no tiene el carácter de ley. En

⁷¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 37.

⁷² Ídem., p. 39.

palabras de Hart: “[a]similar este hecho a las sanciones del [D]erecho penal, equivaldría a concebir las reglas de tanteo (*scoring rules*) de un juego como dirigidas a eliminar todas las jugadas salvo la conversión de tantos”⁷³. Pero hay otra forma de explicar esto. Podemos imaginar una norma que imponga deberes sin sanción. Pero no una norma que confiera potestades sin nulidad, pues esta última va implícita. En fin, no se debe equiparar la nulidad con la sanción.

El otro argumento, a diferencia del anterior, no pretende equiparar a las normas que confieren potestades con aquellas que imponen deberes, sino simplemente negar a las primeras el carácter de “Derecho”, restringiendo así el significado de esta palabra. Este argumento dice que sólo una norma completa -que define el deber y la sanción por el incumplimiento de este deber- es genuina, es decir, Derecho, y las normas que confieren potestades no son completas. Es posible distinguir varias versiones de este argumento. Una versión extrema (aquí Hart cita a Kelsen) dice que sólo es Derecho “la norma primaria que establece sanciones”. De este modo sólo serían Derecho aquellas normas que le dicen al funcionario que aplique la sanción, y bajo esta forma de ver las cosas no habría distinción entre normas que imponen deberes y aquellas que confieren potestades, porque estas últimas también admitirían esta formulación, pues no serían otra cosa más que “cláusulas condicionantes” para que algún funcionario aplique una sanción. Se trata, dice Hart, de una teoría “formidable e interesante”, que sustituye la concepción del Derecho. Según la cual el sistema jurídico no estaría compuesto por órdenes respaldadas por amenazas, sino por órdenes dirigidas a funcionarios para aplicar sanciones. Pero como ya se señaló esta sólo es una versión del argumento. Otra, menos extrema, dice que el Derecho está compuesto por órdenes respaldadas por amenazas que, reseña Hart, “se refieren primordialmente a la conducta de los ciudadanos, y no simplemente a los funcionarios”⁷⁴.

En fin, ambas versiones ven en las normas que confieren potestades fragmentos de normas completas, esto es, fragmentos de normas que imponen deberes. Frente a ello, Hart señala “que ellas pagan un precio demasiado elevado para adquirir la agradable uniformidad a que reducen todo el [D]erecho, pues deforman las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de reglas cumplen”⁷⁵. Efectivamente, el Derecho, como

⁷³ Ídem., p. 43.

⁷⁴ Ídem., p. 47.

⁷⁵ Ídem., p. 48.

técnica de control de la sociedad, contiene normas que desempeñan distintas funciones, de modo que, si bien es cierto que el Derecho penal establece pautas de conducta que se espera que las personas entiendan y sigan sin la necesidad de intervención alguna por parte de los funcionarios. Cuando estas pautas no son seguidas, los funcionarios intervienen y aplican la sanción. En el caso de las normas que confieren potestades, su comprensión exige adoptar el punto de vista del destinatario, que, a través de ellas, adquiere “competencia para determinar el curso del [D]erecho dentro de la esfera de los contratos, testamentos, *trusts*, y otras estructuras de derechos subjetivos y deberes que está habilitado para armar”⁷⁶.

Una segunda objeción al modelo simple tiene que ver con su ámbito de aplicación. Las órdenes respaldadas por amenazas expresan el deseo de *A* de que *B* haga algo o no, de modo que puede pensarse que la orden no se aplica a quien la expresa. Frente a ello, para Hart, “el ámbito de aplicación de una norma jurídica es siempre una cuestión de interpretación del precepto”⁷⁷, y así puede decirse si se aplica o no a su autor. Por ello, queda claro que una norma legislada, a diferencia de una orden, sí puede aplicarse a su autor. Se trata, pues, de una imagen vertical simple en la que podría distinguirse al legislador en su carácter oficial o bien, particular. En su carácter oficial, un legislador podría dictar una norma que obligue a otros y a sí mismo en su carácter particular. Pero distinguir estos caracteres sólo es posible si hablamos de normas que confieren potestades. Sin embargo, para justificar la pluralidad de normas no es necesario acudir a este modelo de los diferentes caracteres y basta pensar en el supuesto de las promesas. Efectivamente, según Hart, quien promete asume una obligación. Un legislador no da órdenes. Como el promitente, aquel ejerce una potestad conferida por una regla. En suma, la segunda objeción al modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas es que las reglas sí obligan a su autor.

La tercera objeción frente al modelo de órdenes respaldadas por amenazas que se considera es la que guarda relación con el origen. Con respecto a este punto, también las normas penales se parecen a las órdenes respaldadas por amenazas en la medida en que, señala Hart, son un “acto deliberado de origen cierto”⁷⁸, y ambas deben su carácter jurídico a este hecho de creación. Esta postura, sin embargo, no es capaz de explicar que

⁷⁶ Ídem., p. 52.

⁷⁷ Ídem., p. 53.

⁷⁸ Ídem., p. 56.

la costumbre se considere Derecho. Para Hart, la juridicidad de la costumbre requiere su “reconocimiento”.

En el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas, el Derecho es la orden del soberano o del subordinado a quien el soberano delegó tal autoridad de forma expresa o tácita. De acuerdo con ese esquema, señala Hart, la costumbre no tiene reconocimiento jurídico “[m]ientras los tribunales no las aplican en casos determinados, tales reglas son *simples* costumbres, y no son en modo alguno [D]erecho. Cuando los tribunales las usan y, con arreglo a ellas, dictan órdenes que son aplicadas, entonces por primera vez esas reglas reciben reconocimiento jurídico. El soberano, que podría haber interferido, ha ordenado tácitamente a sus súbditos obedecer las órdenes de los jueces “amoldadas” a las costumbres preexistentes”⁷⁹.

Este planteamiento, sin embargo, admite dos críticas. Primera, no es verdad que una costumbre no usada por un tribunal no es Derecho. La segunda crítica a la idea de que la costumbre es Derecho por una orden tácita del soberano, según Hart, “es que, en cualquier [E]stado moderno, rara vez es posible atribuir al “soberano” tal conocimiento, consideración, y decisión de no interferir, sea que identifiquemos al soberano con la legislatura suprema o con el electorado”⁸⁰. Es raro, por otra parte, que una legislatura o electorado repare en las costumbres usadas por los tribunales, y así es difícil hablar de una interferencia o no en su observancia.

En definitiva, la objeción más sencilla a un modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas es que hay diversidad de normas jurídicas, que aparecen en todo sistema, y que no son órdenes en tres aspectos. Primero, una norma tiene un campo de aplicación mayor a una orden, porque puede ser obligatoria para su autor. Segundo, además de normas que imponen deberes, existen otras que confieren potestades. Y tercero, algunas normas son consuetudinarias, y no deben su carácter de Derecho a ningún acto consciente de creación. Así, en opinión de Hart, “el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas es más lo que obscurece que lo que aclara; el esfuerzo para reducir la variedad de normas jurídicas a esta única forma simple termina por imponer sobre ellas una uniformidad espuria”⁸¹. Y esto es así porque conforme a la teoría de Hart el carácter distintivo del Derecho, como se verá, es la fusión de dos tipos de reglas que denominaré primarias y

⁷⁹ Ídem., p. 58.

⁸⁰ Ídem., p. 60.

⁸¹ Ídem., p. 61.

secundarias. Pero antes de presentar los argumentos de Hart para diferenciar el Derecho como un sistema de reglas, del modelo de órdenes respaldadas por amenazas, convendrá detenernos en la crítica de Hart a la idea del soberano conforme al modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas.

Aceptemos por un momento que en toda sociedad donde el Derecho existe, hay un soberano a quien habitualmente se obedece, y quien habitualmente no obedece a persona alguna. Esta, dice Hart, es una teoría sobre el fundamento del sistema jurídico. La doctrina del soberano, reseña Hart, “afirma que en toda sociedad humana donde hay [D]erecho, por debajo de la variedad de formas políticas, tanto en una democracia como en una monarquía absoluta, habremos de hallar, en última instancia, esta relación simple entre súbditos que prestan obediencia habitual y un soberano que no presta obediencia habitual a nadie”⁸². Esta es una idea relevante para la teoría, pues a partir de ella se dice que estamos en presencia de un Estado independiente que tiene Derecho. Sin relación entre soberano y súbdito, pues, no es posible hablar del Estado y su Derecho. Frente a ello, dos son los planteamientos que conviene advertir. Primero, el hábito de obediencia (aquí se hablará del “carácter continuo de la autoridad” y la “persistencia” de las normas). Y segundo, la posición del soberano respecto al Derecho, quien da órdenes a los súbditos y es jurídicamente ilimitado (aquí nos referiremos a si esta no limitación está relacionada con la existencia del Derecho, y si los límites jurídicos pueden ser entendidos en términos del hábito de obediencia).

Hart explica el hábito de obediencia utilizando la idea de Rex, monarca de una población que vive en un territorio, quien gobierna a través del modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas que son obedecidas habitualmente por aquella población. Hart nos invita a pensar que la relación de cada súbdito con Rex es personal. Hasta aquí, pues, basta la obediencia para considerar a Rex como monarca. Se obedece, pero no se opina sobre si la obediencia propia o de terceros es correcta o bien, si está exigida legítimamente. El ejemplo, dice Hart, es tan simple que quizás nunca existió una sociedad así. De cualquier forma, continúa Hart, pensemos que muere Rex, y su hijo Rex II comienza a dictar órdenes. Hart nos hace ver que el hábito de obediencia a Rex no garantiza el hábito de obediencia a Rex II. Por ello no podríamos hablar de este último como soberano ni de sus órdenes como Derecho. Sin hábito de obediencia no hay

⁸² Ídem., p. 63.

soberano ni Derecho desde el comienzo. Para ver si el hábito de obediencia se consolida, es preciso esperar “algún tiempo” durante el cual puede ocurrir que Rex II muera después de dar algunas órdenes, cuya juridicidad no podría explicarse en un hábito de obediencia que nunca ha existido y ya no existirá. Puesto que en estas condiciones la discontinuidad del Derecho es posible, generalmente los sistemas jurídicos establecen reglas que aseguran la continuidad en el tránsito de un legislador a otro.

Volviendo al ejemplo, una regla que acordase la sucesión de Rex II será un “título” para considerar Derecho las normas que dicte sin necesidad de esperar “algún tiempo” para determinar un hábito de obediencia que quizás nunca se forme. Son las dificultades del recurso del hábito de obediencia, las que llevan a Hart a afirmar que la identificación del Derecho se justifica en una práctica social “[a] saber, la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder”⁸³. Pero si esto es así, la pregunta ahora es ¿qué es aceptar una regla?

Para responderla, primero debemos analizar qué es una regla social, y cuál es su diferencia con un hábito. Habrá que decir que en ambos casos la conducta prescrita es general, esto es, la mayor parte del grupo repite esa conducta. Esta semejanza no altera el hecho de que entre una regla social y un hábito median, por lo menos, tres diferencias. La primera se refiere a la crítica, pues mientras que un hábito no es más que una práctica social concurrente, el grupo reacciona frente a los comportamientos contrarios a las reglas con el rechazo. Es decir, la desviación de la conducta prescrita por una regla motiva la crítica, y las amenazas de desviación se enfrentan con una presión social. En este último caso, y de aquí la segunda diferencia, no sólo se formula una crítica, sino que la posibilidad de que se produzcan comportamientos desviados de la conducta descrita se considera una “buena razón” para formular la regla. La crítica está, pues, justificada y esto es entendido tanto por quien la formula como por quien la recibe. No está definido, sin embargo, cuántos miembros y por cuánto tiempo deben tener como pauta de crítica la (no) regularidad de la conducta prescrita por la regla. Pero estas cuestiones, dice Hart, “no deben preocuparnos más que la cuestión de saber cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo”⁸⁴. Basta saber que la existencia de una regla es compatible con la transgresión de ella por una minoría del grupo.

⁸³ Ídem., p. 69.

⁸⁴ Ídem., p. 70.

La tercera característica que distingue a una regla social de un hábito es el aspecto interno de la primera⁸⁵. Si un hábito es general en un grupo, esto no es más que un hecho observable. Para que exista este hábito no es necesario que el grupo piense en él, que sepan que es general, ni mucho menos que tiendan a mantenerlo. Basta que el grupo se comporte conforme al hábito. En cambio, para que una regla social exista, según Hart, sí es necesario que “algunos” vean en ella una pauta de conducta que debe ser seguida por el grupo. Dicho de otra forma, tanto el hábito como la regla tienen un aspecto externo, esto es, un hecho observable por un tercero. Pero las reglas, a diferencia de los hábitos, tienen un aspecto interno. Para explicarlo, Hart cita el ejemplo de los juegos, que no es necesario reproducir aquí, pero sí señalar que, con cierta frecuencia, como advierte Hart, este aspecto interno ha sido confundido con una cuestión de “sentimientos”. Un grupo que acepta una regla puede experimentar ciertos estados psicológicos similares a los de la compulsión. Este sentimiento de “sentirse obligado” no es necesario para que exista una regla. En cambio, en palabras de Hart: “[l]o que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimiento de que tales críticas y exigencias están justificadas”⁸⁶. Hasta aquí no he hecho otra cosa más que distinguir entre reglas sociales y hábitos conforme a la teoría de Hart, pero es necesario referirnos a las reglas jurídicas.

Supóngase, dice Hart, que en un grupo no sólo existe una regla que establece un tipo de conducta, sino también una regla que identifica a estos tipos de conducta por referencia a las palabras de una persona determinada. Así, volviendo al ejemplo de Rex, esta última regla dirá que todo lo que Rex ordene, debe hacerse. Y debe hacerse no ya por un hábito de obediencia, sino porque se acepta la regla. Rex no sólo da órdenes, sino que tiene el derecho de hacerlo, y de este modo no sólo será obedecido, sino que además se aceptará que es correcto obedecerlo. Rex será un legislador con autoridad. Y de este modo Rex legisla, no da órdenes. Por ello, no habría algo que nos permitiera suponer que las pautas de conducta dictadas por Rex no lo obligan también. En resumen, según Hart: “[l]a

⁸⁵ J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., pp. 203 y 204.

⁸⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 72.

palabra de Rex será ahora una pauta o criterio de comportamiento, de modo que las desviaciones del comportamiento que él designe serán susceptibles de crítica”⁸⁷.

Entonces es posible hablar de continuidad si pensamos en que antes de que un legislador comience a legislar, existe ya una regla que confiere a ciertas personas el derecho a hacerlo. Aceptar esta regla implicará no sólo la obediencia a la palabra de Rex, sino también el reconocimiento de que dicha obediencia es algo que corresponde a Rex. Es claro, sin embargo, que aceptar tal regla no garantiza su continuidad. Pero en cualquier caso no debe dejar de advertirse que, en palabras de Hart: “[e]l enunciado de que un nuevo legislador tiene derecho a legislar presupone la existencia, en el grupo social, de la regla según la cual tiene este derecho”⁸⁸. Este simple ejemplo basta para mostrar que, en la mayor parte de los sistemas jurídicos, la continuidad del Derecho se explica por la práctica social consistente en la aceptación de la regla. Y esto es así porque en el modelo simple de las órdenes respaldadas por amenazas, dadas por quien es habitualmente obedecido en un momento determinado, el hábito de obediencia no es “normativo” o, dicho de otra forma, no da derecho a legislar⁸⁹. Este hábito, además, no explica la sucesión de legisladores, porque la obediencia habitual no fundamenta el enunciado jurídico de que el nuevo legislador tenga derecho a legislar ni el enunciado fáctico de que a esta legislación se preste obediencia.

No podemos hablar de la aceptación de la regla que confiere potestad legislativa de la misma manera en un Estado moderno que en una sociedad simple. Mientras en una sociedad simple sería posible pensar que el grupo conoce los requisitos que la regla establece para que una persona legisle, en un Estado moderno hablar de una “masa” que acepta esta regla sería tanto como atribuir a las personas ordinarias un entendimiento de cuestiones constitucionales difícil de sostener. Pero este entendimiento sí podría esperarse de los funcionarios, expertos, tribunales y abogados. De este modo, según Hart, por referencia a un Estado como Inglaterra “la aceptación general es aquí un fenómeno complejo, dividido, en cierto modo, entre los funcionarios y los ciudadanos comunes, que contribuyen de diferentes maneras a la misma y, con ello, a la *existencia* de un sistema

⁸⁷ Ídem., p. 73.

⁸⁸ Ídem., p. 74.

⁸⁹ H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, cit., p. 6.

jurídico. Se puede decir que los funcionarios del sistema reconocen explícitamente aquellas reglas fundamentales que confieren autoridad legislativa”⁹⁰.

Para explicar la idea de la persistencia de las normas jurídicas, Hart cita el caso de una mujer que a mediados del siglo XX (1944) fue condenada por decir la suerte en contravención de una ley inglesa del siglo XVIII (1735). Este caso “pintoresco” ilustra cómo una ley dictada hace casi tres siglos por un legislador que ya no existe sigue siendo Derecho para una sociedad que no obedece habitualmente a tal legislador, y no puede ser explicado por el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas.

Para explicar la persistencia del Derecho, esto es, “su obstinada capacidad para sobrevivir a sus creadores y a quienes los obedecían en forma habitual”⁹¹, no basta el modelo de hábitos respaldados por amenazas. Por qué una ley del siglo XVIII es Derecho, y por qué una ley de hoy es Derecho, tienen la misma respuesta, que hay que buscar, de acuerdo con Hart, en “la noción de reglas fundamentales, corrientemente aceptadas, que especifican o designan una clase o línea de personas, cuya palabra ha de constituir una pauta o criterio de conducta para la sociedad, es decir, que tienen derecho a legislar”⁹². Esta regla ve no sólo hacia atrás, un legislador pasado, sino como ya se dijo, hacia adelante, esto es, un legislador futuro.

Sin embargo, se ha intentado formular un argumento desde el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas para explicar la persistencia de las normas jurídicas. Este, reseña Hart, dice que “aunque como cuestión histórica la fuente u origen de una norma como la *Witchcraft Act* fue el acto legislativo de un soberano del pasado, su *status* presente como [D]erecho en la Inglaterra del siglo XX se debe a su reconocimiento como tal por el soberano de hoy. Este reconocimiento no asume la forma de una orden *explícita*, como en el caso de las leyes dictadas por los legisladores de hoy, sino de una expresión *tácita* de la voluntad del soberano. Esta consiste en el hecho de que, aunque podría hacerlo, el soberano no interfiere con la aplicación por parte de sus agentes (los tribunales y posiblemente el ejecutivo) de la ley dictada hace mucho tiempo”⁹³. Este, como advierte Hart, es el mismo planteamiento que se usó para explicar el carácter jurídico de la

⁹⁰ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 76.

⁹¹ Ídem., p. 78.

⁹² Íbidem.

⁹³ Ídem., p. 80.

costumbre (teoría de las órdenes tácitas), por lo que los argumentos frente a él son los ya expresados.

En suma, la ley del siglo XVIII y la de hoy son Derecho aun antes de que sean aplicadas por los tribunales, y en ambos casos son Derecho por haber sido dictadas por personas con autoridad para ello de acuerdo con la regla aceptada. Para saber qué es Derecho debe quedar claro, según Hart, que “los tribunales y, junto con ellos, cualquier jurista o ciudadano que comprende el sistema, usan como criterio una o varias reglas fundamentales acerca de qué es lo que ha de considerarse [D]erecho, que se refieren tanto a los actos legislativos del pasado como a los de la actualidad”⁹⁴, y no en una orden tácita del soberano. El modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano a quien habitualmente se obedece no explica, pues, la persistencia de las normas jurídicas, pero sí nos aporta una advertencia. Si los funcionarios (y muy particularmente, los tribunales) no aceptan la regla según la cual los actos legislativos (de ayer y hoy) tienen autoridad, dichos actos no tendrían algo fundamental para sostener su carácter de Derecho. Una vez analizadas la continuidad y la persistencia del Derecho, así como la insuficiencia del modelo simple para dar cuenta de ellas, ahora debemos referirnos a la idea del soberano jurídicamente ilimitado, esto es, hablar de las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa según la teoría de Hart.

En el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano que es habitualmente obedecido por los súbditos, este hábito tiene como contrapartida la ausencia de un hábito de obediencia del propio soberano respecto de otra persona. Dicho de otra forma, según este modelo: “[e]ste [el soberano] crea [D]erecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del [D]erecho”⁹⁵. Esto es así por definición, en la medida en que el soberano tuviera límites no sería soberano. Es preciso tomar en consideración que lo que el modelo presupone es la ausencia de límites jurídicos al soberano, lo cual puede ser compatible con la existencia de otro tipo de límites. El soberano podría hacer concesiones al ejercer su potestad legislativa, por ejemplo, a la opinión pública. De hecho, muchos factores podrían influir en el soberano para dar órdenes (temor a una revuelta o alguna

⁹⁴ Ídem., p. 81.

⁹⁵ Ídem., p. 82.

convicción moral), y así estos factores pueden servir como límites no jurídicos a su potestad legislativa.

Este planteamiento del soberano como poder no limitado jurídicamente, dice Hart, es “atractivo”, pues parecería responder a dos preguntas. A partir del modelo de Austin es posible, primero, identificar el Derecho y distinguirlo de otras reglas no jurídicas y, segundo, determinar si se trata de un sistema jurídico independiente o subordinado. Es común afirmar, según Hart, que la idea de la “Reina en Parlamento” satisface este esquema, y que la soberanía del Parlamento consiste en ello. Sea que esta afirmación sea verdadera o falsa (a ello me referiré más adelante) aquí lo que queda claro es que en el ejemplo de Rex es posible reproducir este modelo.

Supongamos que existe una regla aceptada por funcionarios (tribunales) y ciudadanos que afirma que todo lo que diga Rex es una pauta de conducta. Puede ocurrir que, para distinguir entre deseos privados y oficiales de Rex, existan otras reglas auxiliares que señalen un “estilo especial” para que el monarca legisle. Estas últimas reglas pueden ser consideradas jurídicas, pero funcionan como límite a la forma de la potestad legislativa y no a su contenido. La objeción a esta teoría, sin embargo, es que los Estados modernos cuentan con legislaturas, que no son ilimitadas, en la medida en que según Hart: “[u]na [C]onstitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación (cosas que podemos conceder, no son limitaciones), sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo”⁹⁶. Antes de continuar con el caso de un Estado moderno, de acuerdo con Hart, conviene detenernos en la idea de “limitaciones jurídicas” siguiendo el ejemplo simple de Rex.

Supongamos, propone Hart, que en la sociedad simple de la que venimos hablando existe una regla aceptada que dice que toda norma dictada por Rex que establezca el destierro de los nativos o bien, que prive de la libertad a los habitantes sin juicio, será no válida. En este escenario, es claro que la potestad legislativa de Rex está limitada jurídicamente, pues una norma dictada por Rex en contravención a aquella regla sería nula. Aunque, claro está, nada nos haría dudar de que el resto de las normas dictadas por Rex son Derecho, o que nos encontramos frente a un sistema jurídico independiente. Se podría decir que en este caso Rex “no puede” imponer el destierro, o privar a una persona

⁹⁶ Ídem., p. 85.

de su libertad sin juicio. Y esta afirmación es distinta de aquella norma que impone un deber de no hacer (*A* no puede andar en bicicleta). Esta diferencia nos permite concluir, dice Hart, que: “[u]na [C]onstitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquélla el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que tal pretendida legislación será nula. No impone deberes jurídicos, sino que establece incompetencias jurídicas. “Límites” no significa aquí la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica”⁹⁷.

Y por ello tal límite bien puede ser llamado “constitucional”, pues no es moral ni convencional, sino jurídico. Y es relevante para los jueces porque si tal límite forma parte de la regla que confiere la potestad legislativa, esta regla es la misma que los jueces usarán, según Hart, “como criterios para decidir acerca de la validez de los actos pretendidamente legislativos que llegan a su conocimiento”⁹⁸. La presencia de estos límites jurídicos no es suficiente para señalar que Rex obedece habitualmente a otra persona, pues observarlos únicamente se traduce en el cumplimiento de las condiciones para crear Derecho válido, y su contravención no implica la obediencia a otro soberano ni el incumplimiento de un deber. Y adicionalmente, si la regla no estableciera límites jurídicos a la potestad legislativa de Rex, el carácter jurídico de las normas que emita no será cuestionado, aunque Rex habitualmente obedezca a otro soberano (*Tyrannus*). Hasta aquí, pues, queda claro que el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano no explica el fundamento de un sistema jurídico.

A partir de la crítica al planteamiento de Austin, Hart desarrolla su Teoría del Derecho como un sistema de reglas primarias y secundarias⁹⁹, por lo que es necesario profundizar en esta idea. Para ello, se mostrará la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, con énfasis en la relación entre la regla de reconocimiento y la tesis de las fuentes sociales, aunque conviene avanzar que la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias no es pacífica, pues por ejemplo se ha criticado que Hart no contempla en esta distinción a la Constitución¹⁰⁰.

⁹⁷ Ídem., p. 86.

⁹⁸ Ídem., p. 87.

⁹⁹ H.L.A. HART, “Introduction” (1954), a J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, cit., p. xii.

¹⁰⁰ N. BOBBIO, “Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen” (1973), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid,

Hemos visto, dice Hart, que el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano que es obedecido habitualmente por los súbditos, y quien está jurídicamente ilimitado por no obedecer habitualmente a persona alguna es insuficiente para explicar un sistema jurídico. El origen del fallo, sostiene Hart, es que órdenes, obediencia, hábitos y amenazas no traducen la idea de regla, en relación con la cual, además, es preciso diferenciar entre dos tipos. Según Hart, “en la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra lo que Austin, erróneamente, creía haber hallado en la noción de órdenes coercitivas, a saber, “la clave de la ciencia de la jurisprudencia”¹⁰¹. En suma, continúa Hart, lo que “trataremos de mostrar [...] es que la mayor parte de las características del [D]erecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción recíproca entre ellas. Atribuimos a esta unión de elementos un lugar central en razón de su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico”¹⁰². Las reglas primarias prescriben que los seres humanos hagan u omitan conductas. Estas reglas imponen deberes. Las reglas secundarias dependen de las primarias, ya que establecen la manera de introducirlas, modificarlas, extinguirlas o bien, de determinar sus efectos. Las reglas secundarias confieren potestades¹⁰³.

Supongamos, nos invita Hart, una sociedad sin legislatura, tribunales u otros funcionarios. Es cierto que el tratamiento que hace Hart de esta sociedad, “es conceptual y esquemático, no histórico”¹⁰⁴, pero creo que conviene seguir con el ejemplo. Pues bien, se trata de una sociedad en que, como algunas primitivas, el medio de control social es la actitud del grupo acerca de sus pautas de conducta, tal y como se ha caracterizado a las reglas que imponen obligaciones. Hart propone entender estas reglas como “reglas primarias de obligación”¹⁰⁵. Una sociedad de este tipo es posible si se cumplen algunas condiciones. Primera, las reglas restringen el uso de la violencia. Segunda, sólo una minoría puede rechazar las reglas. Y tercera, sólo una pequeña sociedad estable, podría

1990, pp. 235-254, en especial p. 249. Sobre la postura de este autor en relación con la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, véase N. BOBBIO, “Normas primarias y normas secundarias” (1968), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 307-321, en especial p. 310.

¹⁰¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 101 y 102.

¹⁰² Ídem., p. 102.

¹⁰³ Ídem., p. 101.

¹⁰⁴ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 209.

¹⁰⁵ Sobre las reglas primarias, véanse J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. 220; y M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 133.

vivir conforme a esta situación, pues de otra forma el control social descrito sería insuficiente. Las reglas de esta sociedad no son un sistema, sino un conjunto inconexo de pautas de conducta. Es decir, entre ellas no existe una “marca común identificatoria”¹⁰⁶. Por ello no tendríamos forma alguna de saber cuáles son, y qué alcance tienen las reglas. Esto es, no contamos con un procedimiento o con el reconocimiento de algún texto o persona con autoridad para resolver estas dudas. Esto, por otro lado, quiere decir que la existencia de estos últimos elementos nos hace ver que existen otras reglas diferentes a las de obligación con las que hemos caracterizado al grupo. En fin, lo que debemos advertir es que el surgimiento de aquellas dudas sobre cuáles son, y qué alcance tienen las reglas es un defecto¹⁰⁷. Hart lo denomina la “falta de certeza”.

Este, sin embargo, no es el único defecto que se presentaría en una sociedad como la del ejemplo. Otro es lo que Hart llama el “carácter estático de las reglas”, que consiste en que las reglas sólo cambiarán a través de un lento proceso en el que primero algunas conductas serán optativas, luego habituales y, por último, obligatorias. Y lo mismo puede decirse de su desviación. Es decir, primero será sancionada, luego tolerada y, por último, pasará inadvertida. Se trata de un defecto porque no habría forma de adaptar las reglas a las circunstancias del grupo. Y esto es así porque crear o suprimir reglas implica la existencia de otras distintas a las de obligación, que como ya se dijo son las únicas que existen en nuestro ejemplo. La falta de certeza y el carácter estático de las reglas no son los únicos defectos de una sociedad gobernada sólo por reglas primarias de obligación.

Un tercer defecto, según Hart, es la “ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas”. Se discutirá si una regla ha sido o no cumplida. Y esta discusión se postergará sino existe alguien que tenga autoridad para decidir sobre la contravención en forma definitiva. Pero el defecto del que hablamos no sólo se refiere a la ausencia de quien tenga autoridad para decidir, sino también a la falta de quien imponga la sanción en caso de contravención de la regla, pues en nuestro ejemplo la persona afectada o el grupo serán quienes impongan tal sanción. Hasta aquí los defectos que presentaría una sociedad gobernada sólo por reglas de obligación. Para Hart: “[e]l remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de

¹⁰⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 115.

¹⁰⁷ Sobre los defectos que presentaría una sociedad gobernada sólo por reglas primarias de obligación, véanse J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 81; y A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 198.

estructura social, consiste en complementar las reglas *primarias* de obligación con reglas *secundarias* que son de un tipo diferente”¹⁰⁸. La introducción de estas últimas reglas es de tal relevancia que, incluso, Hart considera que explica el paso del mundo “prejurídico” al jurídico, pues cada una de ellas traduce elementos propios del Derecho. Aquí la importancia de las reglas secundarias¹⁰⁹. Estas reglas nos permiten hablar de un sistema jurídico. Para Hart, de esta manera, “el [D]erecho puede ser caracterizado en la forma más esclarecedora como una unión de reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias”¹¹⁰. Pero antes de exponer cada una de ellas, quizás convenga advertir, primero, que estas reglas secundarias son diferentes entre sí, pero no por ello dejan de compartir algunas características, y una conexión particular. Y segundo, las reglas secundarias están ubicadas en un distinto nivel de las reglas primarias, en palabras de Hart, “porque son *acerca* de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible”¹¹¹.

El remedio para la falta de certeza es la introducción de una regla secundaria que, como es sabido, Hart llama “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*)¹¹². De acuerdo con Hart, la regla de reconocimiento “especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce”¹¹³. Esta regla se puede presentar de varias formas. Una simple y otra compleja. En una sociedad primitiva podría ser simplemente un documento o bien, algún monumento (con una lista de reglas) dotado de autoridad. El paso del mundo “prejurídico” al jurídico, hablando de esta regla, se podría reducir a señalar en un texto las reglas hasta entonces no escritas. Pero aquí lo crucial es que dicho texto tenga autoridad. Esto es que sea reconocido como la manera de disipar dudas sobre la existencia

¹⁰⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 116 y 117.

¹⁰⁹ Sobre las reglas secundarias, véanse N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., pp. 17, 28, 29 y 227; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 66; J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 151; y M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 133.

¹¹⁰ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 117.

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² Sobre la regla de reconocimiento, véanse N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 93; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 66.

¹¹³ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 117.

de las reglas. Se trataría de una forma simple de regla de reconocimiento. Es decir, según Hart, “una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación”¹¹⁴.

En un sistema jurídico desarrollado, la regla de reconocimiento es más compleja. La complejidad de la regla de reconocimiento no se limita a la aceptación de un texto con autoridad. Pero aun esta idea comporta elementos que distinguen al Derecho. Pues, según Hart: “[a]l proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a las que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica”¹¹⁵. Antes de mostrar el remedio para el resto de los defectos que presentaría una sociedad gobernada sólo por reglas primarias de obligación, conviene detenernos en la relación entre la regla de reconocimiento y la validez jurídica en la teoría de Hart¹¹⁶.

En una sociedad donde se acepta tal regla de reconocimiento, ciudadanos y funcionarios cuentan con criterios dotados de autoridad para identificar las reglas primarias. Estos criterios pueden adoptar varias formas: un texto con autoridad, la sanción legislativa, la práctica consuetudinaria, declaraciones de personas específicas o, en fin, decisiones judiciales. En la sociedad simple del ejemplo de Rex es Derecho lo que él diga. Este es el criterio para identificarlo, que será usado por los ciudadanos. Se trata de una regla de reconocimiento simple. A diferencia de una compleja, que es a la que se refiere Hart como característica del Estado moderno. Esta regla, según Hart: “[e]s compleja porque en los sistemas jurídicos modernos no es un criterio sino varios criterios de validez jurídica los que se usan. Incluso en un sistema “unitario” como el Derecho inglés, el Derecho es identificado por referencia al precedente judicial y por referencia a lo establecido por el Parlamento [...] La razón por la cual [sigue] hablando de “una regla” en este punto es que, sin perjuicio de su multiplicidad, estos distintos criterios están

¹¹⁴ Ídem., p. 118.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 144 y 146.

unidos por su disposición jerárquica”¹¹⁷. Como se acaba de decir, en el sistema jurídico de un Estado moderno, donde sí existen variedades de fuentes del Derecho, la regla de reconocimiento es compleja, de modo que, continúa Hart, “los criterios para identificar el [D]erecho son múltiples y por lo común incluyen una [C]onstitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales”¹¹⁸, en donde además se adoptan cláusulas para el caso de conflicto entre estos criterios. Se dice que un criterio está subordinado a otro. Sin embargo, no debe confundirse esta subordinación con “derivación”. Porque esta confusión ha llevado a reducir el Derecho a la legislación. Aquí, Hart habla del caso inglés donde la costumbre y el precedente están subordinados a la ley. Pero el carácter de Derecho no deriva de un “ejercicio tácito” de potestad legislativa, sino del hecho de aceptar una regla de reconocimiento que señala que la costumbre y el precedente tendrán un lugar independiente, pero subordinado a la ley.

En el sistema jurídico de un Estado moderno es raro que la regla de reconocimiento esté formulada “en forma expresa como una regla”¹¹⁹. Aunque en el caso inglés, por ejemplo, los tribunales enuncian que un criterio tiene cierta jerarquía sobre otro cuando afirman la supremacía de la ley emitida por el Parlamento. Pero a pesar de este ejemplo conviene advertir, según Hart, que: “[e]n la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios ya por los súbditos o sus consejeros”¹²⁰. Es importante, sin embargo, no perder de vista el uso que de dichos criterios hacen los tribunales, “porque cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como [D]erecho, lo que ellos dicen tiene un *status* especial revestido de autoridad en mérito a lo establecido por otras reglas”¹²¹. Cuando los jueces hacen uso de la regla de reconocimiento estamos en presencia de una situación característica del punto de vista interno. Pues quienes la usan manifiestan así su propia aceptación en cuanto regla “orientadora”. Empleando, además, un vocabulario característico (distinto del empleado por un observador ubicado en el punto de vista externo) que incluye, entre otros, el

¹¹⁷ H.L.A. HART, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” (1965), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 343-364, en especial p. 360 (H.L.A. HART, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *Harvard Law Review*, vol. 78 (1965), pp. 1281-1296).

¹¹⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 126.

¹¹⁹ Ídem., p. 127.

¹²⁰ Ídem.

¹²¹ Ídem.

enunciado “El Derecho dispone que...” (*It is the law that...*) que pronuncian tanto jueces como ciudadanos al identificar una regla. Como se acaba de apuntar, este vocabulario es distinto al empleado por un observador quien registrando la aceptación que un grupo hace de las reglas, él, en cambio, no las acepta. En este vocabulario se usan, entre otras, expresiones como “En Inglaterra reconocen como Derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento”. De lo hasta aquí dicho se desprende que expresiones como “El Derecho dispone que...” es un “enunciado interno”, por la obvia razón que traduce el punto de vista interno y es usado por quien acepta la regla de reconocimiento; mientras que expresiones como “En Inglaterra reconocen como Derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento” es un “enunciado externo” (o enunciado fáctico externo) que usa un observador que enuncia que otros aceptan la regla, sin él hacerlo.

Esta distinción entre enunciados internos y enunciados externos explica muchas cuestiones relacionadas con la noción de “validez” jurídica. Porque “válido” se usa en un enunciado interno que aplican a una regla del sistema la regla de reconocimiento, no expresada, pero que es aceptada. Así, para Hart: “[d]ecir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema”¹²².

La validez no debe confundirse con la eficacia de una regla. De hecho, se ha sostenido que algunos problemas relacionados con la noción de validez jurídica tienen que ver con la relación entre validez y eficacia del Derecho. Si por este último término se entiende que la conducta prescrita por una regla es con mayor frecuencia obedecida que desobedecida, es claro que no hay conexión entre la validez de una regla y su eficacia, “salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunas lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de desuso) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz”¹²³. Es necesario, por otra parte, distinguir entre la ineficacia de una regla y la inobservancia de todas las reglas del sistema. En este último supuesto no tendría sentido determinar derechos y deberes por referencia a reglas primarias o bien, determinar la validez de las reglas de aquel sistema a través de la regla de reconocimiento. El supuesto del que hablamos es el de un sistema que nunca ha sido efectivo o bien, que ha sido desechado. Debe quedar claro, sin embargo, que cuando alguien expresa un enunciado interno para

¹²² Ídem., p. 129.

¹²³ Ibidem.

hablar de la validez de una regla “presupone” que es verdadero aquel enunciado externo según el cual el sistema es generalmente eficaz. Esto quiere decir que normalmente cuando se emplean enunciados internos se hace en el contexto de eficacia general del sistema. Pero usar enunciados internos no significa que el sistema es eficaz.

La relación entre un enunciado interno, que afirma la validez de una regla, y un enunciado externo, que señala que el sistema es generalmente eficaz, nos permite, afirma Hart, responder a aquella teoría “según la cual afirmar la validez de una regla es predecir que ella será aplicada por los tribunales, o que se tomará alguna otra medida oficial”¹²⁴. No obstante, para Hart, el error de esta teoría “consiste en desatender el carácter especial del enunciado interno y considerarlo como un enunciado externo acerca de la acción oficial”¹²⁵.

Este error queda claro cuando analizamos, en el marco de una decisión judicial, el enunciado del juez en el sentido de que una regla es válida “porque aunque, también aquí, al hacer tal enunciado el juez presupone, pero no expresa, la eficacia general del sistema, obviamente no está interesado en predecir su acción oficial ni la de otros”¹²⁶. Lo que se quiere decir es que el juez efectúa un enunciado interno (que reconoce a una regla como válida) pero no se trata de una “profecía” de su propia decisión sino en todo caso una razón de la misma. Es cierto, sin embargo, que el enunciado interno de validez efectuado por un particular puede ser una predicción, pero a reserva de volver más adelante a esta cuestión, debe advertirse que dicha predicción puede ser falsa.

Hasta aquí la relación entre la regla de reconocimiento y la validez jurídica en la teoría de Hart. Ahora conviene referirnos a las implicaciones de defender la regla de reconocimiento como “regla última”¹²⁷. No cabe confundir esta idea, ni tampoco la afirmación de que uno de sus criterios es supremo, con el postulado del soberano jurídicamente ilimitado del modelo simple. En palabras de Hart: “[p]odemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de [D]erecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencia a los otros criterios, mientras que las reglas

¹²⁴ Ídem., p. 130.

¹²⁵ Ídem., p. 131.

¹²⁶ Ibidem.

¹²⁷ D. LYONS, “El afianzamiento jurídico de la antijuridicidad”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 59-77, en especial pp. 70 y 71; y N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 211.

identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo”¹²⁸.

Para explicar qué significa que la idea de reconocimiento es última, Hart propone el siguiente razonamiento: “[s]i se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla”¹²⁹. Hart plantea el ejemplo del *County Council of Oxfordshire* que es una ordenanza válida por haber sido dictada en ejercicio de la potestad conferida y conforme al procedimiento establecido por un decreto del Ministerio de Salud. En él se establece el criterio de validez de la ordenanza, y es válido por haber sido dictado en ejercicio de la potestad del Ministro prevista en una ley. Esta, a su vez, es válida si atendemos a la regla que dice que aquello que la Reina sanciona en Parlamento es Derecho. Pero esta última regla, a diferencia de los casos del decreto y de la ley antes mencionados, no está sujeta a otra que establezca su criterio de validez. Esta es, pues, una “regla última”.

Esta regla última presenta varios problemas. Primero, la cuestión sobre si es práctica de los funcionarios o ciudadanos usar esta regla última de reconocimiento. Y segundo, podemos cuestionarnos, además, si es satisfactorio un sistema que tiene aquella regla como su base. Lo interesante aquí es darnos cuenta de que al tratar de responder a estos dos problemas estamos utilizando enunciados diferentes. Se trata, por una parte, de un enunciado interno cuando afirmamos que una regla es válida por haber satisfecho los requisitos establecidos en una regla última de reconocimiento, que dice que aquello que la Reina sanciona en Parlamento es Derecho. Y, por otra, se trata de un enunciado externo, cuando decimos que tal regla es aceptada por funcionarios y ciudadanos. Asimismo, estamos hablando de dos enunciados diferentes cuando, por una parte, decimos que una regla es válida, que es un enunciado de validez jurídica. Y, por otra, cuando afirmamos la “excelencia” de la regla de reconocimiento o manifestamos nuestro apoyo al sistema, que es un enunciado de valor. Dicho lo anterior, Hart rechaza aquellos planteamientos que dicen que la validez de la regla de reconocimiento no puede ser demostrada, sino que es una hipótesis.

¹²⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 132.

¹²⁹ Ídem., p. 133.

La práctica social de funcionarios y ciudadanos en que se traduce la “existencia efectiva” de la regla de reconocimiento es una cuestión compleja. Pero debemos distinguir entre “admitir su validez” y “presuponer su existencia”. De esta forma, para Hart: “[c]uando, como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, tenemos un sistema que incluye una regla de reconocimiento, de modo que el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos en la regla de reconocimiento, esto trae aparejada una nueva aplicación de la palabra “existe”. El enunciado de que una regla existe puede no ser ya, como ocurría en el caso simple de las reglas consuetudinarias, un enunciado externo [al] *hecho* de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y que, dicho en forma tosca, significa únicamente que la regla es “válida según los criterios de validez del sistema”. Sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en este sentido, “existir” aun cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el [D]erecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho”¹³⁰. Por ello, debe quedar claro que para Hart la regla de reconocimiento es “una forma de regla consuetudinaria judicial que existe únicamente si ésta es aceptada y practicada en las operaciones de identificación y de aplicación jurídicas de los tribunales”¹³¹.

Un problema que plantea Hart en relación con la regla de reconocimiento es el de su naturaleza jurídica o fáctica. Esta cuestión en palabras de Hart se expresa de la forma siguiente: “[e]l argumento en favor de llamar “[D]erecho” a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada “[D]erecho”; el argumento en favor de llamarla “hecho” es que cuando afirmamos que ella existe, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema “eficaz””¹³². No sería justo, sostiene Hart, elegir entre “Derecho” y

¹³⁰ Ídem., pp. 136 y 137.

¹³¹ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 33.

¹³² H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 139.

“hecho” para referirse a la regla de reconocimiento, pero sí insistir en que podemos hablar de ella desde dos puntos de vista diferentes. Uno externo que la afirma como práctica efectiva, y otro interno dicho por quien la usa para identificar el Derecho¹³³.

Un segundo problema es la existencia del sistema jurídico. Ya vimos que el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano a quien habitualmente se obedece no resuelve este problema. En cambio, para Hart: “[e]n la medida en que las normas que son válidas según los criterios de validez del sistema son obedecidas por el grueso de la población, esto es sin duda todo cuanto necesitamos como prueba de que un sistema jurídico existe [...] Pero precisamente porque un sistema jurídico es una unión compleja de reglas primarias y secundarias, esta prueba no es todo lo que se necesita para describir las relaciones con el [D]erecho implicadas en la existencia de un sistema jurídico. Ella debe ser complementada por una descripción de la relación relevante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios. Aquí lo crucial es que haya una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema”¹³⁴. Dicho de otra forma, continúa Hart: “[p]ara que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas reglas, en general tienen que apreciar críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos. Esto no es simplemente una cuestión que hace a la eficacia o vigor del sistema jurídico, sino que es lógicamente una condición necesaria para que podamos hablar de la existencia de *un* sistema jurídico”¹³⁵. Las condiciones para la existencia de un sistema jurídico son que las reglas válidas tienen que ser obedecidas generalmente, y que las reglas secundarias tienen que ser aceptadas efectivamente por los funcionarios. La primera es una condición que deben cumplir los ciudadanos. La segunda, en cambio, debe ser satisfecha por los funcionarios. Así, en palabras de Hart: “[l]a afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas

¹³³ J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., pp. 99, 100 y 249.

¹³⁴ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 142 y 143.

¹³⁵ Ídem., p. 144.

o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios”¹³⁶. La existencia de un sistema jurídico no es la única “nueva pregunta” que debe responderse al hablar de la regla de reconocimiento, también lo es la “patología de un sistema jurídico”. Probar la existencia de un sistema jurídico se traduce en la afirmación de “que las reglas reconocidas como válidas al nivel oficial son generalmente obedecidas”¹³⁷. La discrepancia entre la obediencia de los ciudadanos y la aceptación por parte de los funcionarios es lo que Hart llama la patología de los sistemas jurídicos. Se trata de una ruptura en el enunciado externo de que un sistema jurídico existe. Esta ruptura puede obedecer a varios factores, tales como una revolución, la ocupación enemiga o bien, la quiebra del control jurídico.

La regla de reconocimiento no es el único tipo de regla secundaria. Ya se dijo que una sociedad gobernada sólo por reglas primarias de obligación presentaría varios defectos y que la falta de certeza, que resuelve la regla de reconocimiento, no era el único defecto de aquella sociedad, pues lo es también el carácter estático de las reglas. El remedio para este defecto es la introducción de las que Hart llama “reglas de cambio”¹³⁸. La forma más simple de esta regla es aquella que confiere a una persona o cuerpo la facultad de crear o dejar sin efecto reglas. Es bajo este escenario, y no conforme al modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas, como debe explicarse la creación y derogación de reglas por vía legislativa. No debe perderse de vista que, al igual que la regla de reconocimiento, esta regla de cambio puede presentar una forma simple o compleja. Por otra parte, debe advertirse que la potestad legislativa que confiere puede o no ser limitada de diversas formas, y que esta regla además de señalar quién legisla indica el procedimiento para ello. Sin duda entre las reglas de cambio y de reconocimiento existe una conexión¹³⁹. Esto es así, según Hart, “porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas”¹⁴⁰, aunque no se refiera al procedimiento para legislar, bastando quizás que la regla de reconocimiento requiera un certificado o copia oficial que acredite el desahogo de dicho procedimiento. Es obvio que, si la única fuente de Derecho

¹³⁶ Ídem., p. 145.

¹³⁷ Ídem., p. 146.

¹³⁸ Sobre las reglas de cambio, véanse N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 92; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho, cit.*, p. 67; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 124.

¹³⁹ A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 199.

¹⁴⁰ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho, cit.*, p. 119.

es la legislación, la regla de reconocimiento se limitará a señalar que la sanción legislativa es la marca, señal o criterio de validez de las reglas.

La regla de cambio confiere una potestad pública. Pero, como ya se dijo, existen también potestades privadas o, lo que es lo mismo, existen reglas que facultan a los individuos a modificar la posición inicial en que los ubica una regla primaria. Es tan clara y necesaria la existencia de estas reglas secundarias que confieren potestades privadas que sin ellas no se explicarían muchas situaciones que, de hecho, el Derecho regula. Piénsese, por ejemplo, en el otorgamiento de un testamento, la celebración de un contrato y, en fin, otras estructuras a través de las que las personas voluntariamente crean derechos y obligaciones. De cualquier forma, y aunque la introducción de reglas de cambio resuelve el carácter estático del Derecho, no se pierda de vista que, como ya se señaló, aun estaría presente otro defecto en una sociedad gobernada sólo por reglas primarias de obligación. Me refiero a la ineficiencia de la difusa presión social¹⁴¹.

El remedio para este defecto es la introducción de lo que Hart llama “reglas de adjudicación”¹⁴². Se trata de reglas secundarias, según Hart, “que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria”¹⁴³. La forma más simple de aquella regla es este tipo de determinación. Esto es quién puede juzgar. Pero, además, esta regla establece el procedimiento para ello. Las reglas de adjudicación no imponen deberes, sino que confieren la potestad jurisdiccional, estableciendo, además, un *status* particular a las decisiones de los jueces que se pronuncian sobre el incumplimiento de las obligaciones. Sin estas reglas no sería posible explicar conceptos propios del Derecho como los de juez, tribunal, jurisdicción o bien, el de sentencia.

No se pierda de vista, por otro lado, que las de adjudicación tienen una conexión con las reglas de reconocimiento y de cambio. En palabras de Hart: “[e]n verdad, un sistema, que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometida a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el

¹⁴¹ En contra, véase J. FINNIS, “Sobre los caminos de Hart: El Derecho como razón y como hecho”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 29-58, en especial p. 45.

¹⁴² N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 92; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 67; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 123.

¹⁴³ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 120.

hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una “fuente” de [D]erecho”¹⁴⁴. Sin duda, esta sería una forma imperfecta de regla de reconocimiento. Porque las sentencias, considera Hart, al no poder ser formuladas de manera general, al tratar de usarlas como guía para identificar reglas, nos enfrentaríamos a la necesidad de hacerlo a través de decisiones particulares. Se trataría, pues, de una inferencia frágil pues su éxito dependería de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces al dictar sus decisiones. Es obvio que, por otra parte, en la mayoría de los sistemas jurídicos, las reglas de adjudicación no se limitan a conferir potestad a un juez para determinar la contravención de una regla primaria. Esto es así pues advirtiendo las ventajas de la centralización de la presión social, se prohibió el uso de castigos físicos impuestos por particulares. En su lugar existen reglas secundarias que, por una parte, especifican los castigos y, por otra, confieren a los jueces la potestad de aplicar las penas.

En definitiva, para Hart, la unión de reglas primarias y secundarias es la “médula de un sistema jurídico”¹⁴⁵, y una herramienta útil para el teórico. Esto es así porque conceptos tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del Derecho, legislación, jurisdicción y sanción se explican mejor a través de la combinación de aquellas reglas. Asimismo, a partir de esta combinación se comprenden mejor otros conceptos tales como los de Estado, autoridad y funcionario. No es difícil, considera Hart, aceptar esta importancia que hemos atribuido a la capacidad explicativa de la combinación de reglas, porque muchos de los conceptos antes señalados implican el punto de vista interno ya analizado, esto es, “el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecuaba a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás”¹⁴⁶. Si atendemos a la sociedad gobernada sólo por reglas primarias, este punto de vista interno implica que aquellas reglas se usan como fundamento para la crítica y como justificación de la presión social. Pero la introducción de reglas secundarias amplía y diversifica este punto de vista interno. Finalmente, conviene advertir, según Hart, que “aunque la combinación de reglas

¹⁴⁴ Ídem., pp. 120 y 121.

¹⁴⁵ Ídem., p. 121.

¹⁴⁶ Ídem., p. 122.

primarias y secundarias, en razón de que explica muchos aspectos del [D]erecho, merece el lugar central asignado a ella, esto no puede por sí iluminar todos los problemas. La unión de reglas primarias y secundarias está en el centro de un sistema jurídico; pero no es el todo y a medida que nos alejamos del centro tenemos que ubicar [...] elementos de carácter diferente”¹⁴⁷. Hasta aquí no he hecho otra cosa más que mostrar, por una parte, la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias y, por otra, exponer en qué consisten estas últimas reglas conforme a la teoría de Hart. Pero recuérdese que el objeto de este subapartado es la tesis de las fuentes sociales, que en mi opinión no es posible explicar sin analizar la doctrina de la regla de reconocimiento, porque en la teoría de Hart esta tesis: “[s]ostiene que para que el [D]erecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del [D]erecho o criterios últimos o *tests* últimos de validez jurídica”¹⁴⁸, y esta práctica social no es otra cosa más que la regla de reconocimiento. La tesis de las fuentes sociales de Hart es característica de todo positivismo jurídico¹⁴⁹, e implica que el Derecho es un producto humano o bien, una “construcción social”¹⁵⁰, se trata de una “creación de los hombres y para los hombres”¹⁵¹. A la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral como otro de los rasgos de la teoría de Hart me referiré en el subapartado siguiente.

2.2.La tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral

Habiendo concluido lo inadecuado del modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas para explicar el Derecho, ahora debemos analizar otro planteamiento que dice, según reseña Hart, que “entre el [D]erecho y la moral hay una conexión en algún sentido

¹⁴⁷ Ídem., p. 123.

¹⁴⁸ H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, cit., p. 4.

¹⁴⁹ J.C. BAYÓN MOHÍNO, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 87-117, en especial pp. 110 y 111; A. MARMOR, “An Essay on The Objectivity of Law”, en VV.AA., *Analyzing law: New essays in Legal Theory*, edición de B. Bix, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 3-31, en especial p. 13; S.J. SHAPIRO, “The Difference That Rules Make”, en VV.AA., *Analyzing law...*, cit., pp. 33-62, en especial p. 56; y P. SOPER, *Una Teoría del Derecho* (1984), trad. de C. Caracciolo y S. Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 160 (P. SOPER, *A Theory of Law*, Harvard University Press, Londres, 1984).

¹⁵⁰ L. GREEN, “Introduction”, a H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., p. xv.

¹⁵¹ H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho: Fundamentos del Derecho* (1964), trad. de E. Gimbernat Ordeig, Euros-B. de F., 2ª ed., Buenos Aires-Montevideo, 2014, p. 30 (H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1964).

“necesaria”, y que es esto lo que merece ser considerado como central en cualquier intento de analizar o elucidar la noción de [D]erecho”¹⁵². Quien sostiene este planteamiento puede o no aceptar aquel modelo simple o bien, podría en cambio aceptar la explicación ofrecida en términos de reglas primarias y reglas secundarias. Sin embargo, esto no sería suficiente hasta en tanto no se admitiera aquella relación necesaria con la moral. Aquí, el tema serán aquellos sistemas jurídicos nacionales que no cumplieran con ciertas exigencias de justicia o moral (Hart cita a San Agustín, para quien recuérdese, los Estados sin justicia son bandas de asaltantes).

Esta relación necesaria entre Derecho y moral, advierte Hart, tiene muchas variantes. La más extrema, continúa Hart, es la “tradición tomista del [D]erecho natural”, que afirma que hay ciertos principios de moral verdadera o justicia que el hombre descubre a través de la razón, y que las leyes humanas que los contravengan no son válidas. Otra variante concibe a aquellos principios, de acuerdo con Hart, como “expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo”¹⁵³. Esta variante no niega carácter jurídico a las leyes que contravengan a los principios morales así entendidos. La relación necesaria entre Derecho y moral se traduce en una obligación moral de obedecer el Derecho. No es necesario, por otro lado, desarrollar con mayor detalle la primera variante del planteamiento que sostiene una relación necesaria entre el Derecho y la moral. En cambio, conviene analizar algunos problemas que este planteamiento presenta. En palabras de Hart: “[e]l primero de ellos apunta a la distinción, dentro de la esfera general de la moral, de la idea específica de justicia y de las notas especiales que dan cuenta de su conexión peculiarmente íntima con el [D]erecho. El segundo se refiere a las características que distinguen las reglas y principios morales no sólo de las reglas jurídicas sino de todas las otras formas de reglas sociales o criterios de conducta [...] [Un tercer problema] se refiere a los muchos sentidos y maneras diferentes en que puede decirse que las reglas jurídicas y la moral están relacionadas”¹⁵⁴.

En relación con el primer problema, quizás lo primero que convenga decir es que “justo” e “injusto” son términos con los que generalmente se critica al Derecho. Y en esta crítica se entiende que justicia y moral son sinónimos. Para Hart, en cambio, la justicia es

¹⁵² H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 193 y 194.

¹⁵³ Ídem., p. 195.

¹⁵⁴ Ídem., pp. 195 y 196.

una parte de la moral que, en efecto, sirve para criticar al Derecho. La crítica en términos de justicia es diferente de la crítica moral (aquí el ejemplo de Hart es el padre que ha tratado mal a su hijo de quien se dirá que es moralmente malo, pero no injusto. El padre, en cambio, se diría que es injusto si castigara a sus hijos de forma diferente por la misma falta). Este tipo de distinción entre la crítica en términos de justicia y la crítica moral se aplica lo mismo a la vida cotidiana –como en el ejemplo del padre– que en el Derecho.

Respecto de la crítica en términos de justicia podría decirse que su característica distintiva inicia si advertimos que hablar de “justo” e “injusto” equivale a “equitativo” y “no equitativo”. Equidad, claro está, no es sinónimo de moral. Hablar de equidad es relevante en dos casos. Primero, cuando hablamos de la distribución de cargas o beneficios entre clases de individuos. Así, lo equitativo es una participación en dichas cargas o beneficios. Y segundo, cuando nos referimos a la indemnización por daños. Estas no son, desde luego, las únicas aplicaciones de la idea de equidad y justicia, pero debe quedar claro, afirma Hart, que detrás de ellas el principio es que los individuos tienen derecho a una posición de igualdad. Esto se ve claro en la distribución de cargas o beneficios o bien, en la indemnización por daños. De este modo, se dice que con la justicia se establece o mantiene un “equilibrio”. Por ello, no es raro que la idea de fondo sea tratar casos semejantes de la misma forma, y de diferente forma a aquellos que no sean semejantes. Pero aun y cuando esta idea de fondo sea un elemento central de la justicia, en sí es incompleta porque deben definirse las semejanzas y diferencias de los individuos que sean relevantes. Sin esta definición no podríamos criticar al Derecho. En suma, a pesar de la complejidad de la idea de justicia, las distintas propuestas comparten la idea de que exige que los casos semejantes sean tratados de la misma manera, y difieren sobre los criterios para determinar las semejanzas y diferencias entre los casos.

En el caso del Derecho, “las semejanzas y diferencias relevantes que debe tener en cuenta el que administra el [D]erecho, están determinadas por el [D]erecho mismo”¹⁵⁵. Hart cita como ejemplo el principio de que nadie puede ser juez de su propia causa que, como exigencia de justicia, es considerado en Inglaterra y los Estados Unidos como un “principio de justicia natural”. Se trata de una garantía de imparcialidad para aplicar el Derecho a aquellos que son iguales en aspectos relevantes para dicha aplicación. Siendo así “muy estrecha”, dice Hart, la conexión entre esta forma de ver a la justicia y la idea

¹⁵⁵ Ídem., pp. 199 y 200.

de seguir una regla. Pero precisamente esta conexión es la que ha llevado a identificar entre justicia y conformidad con el Derecho. Este planteamiento, para Hart, es un error porque deja sin explicar la crítica en términos de justicia de las leyes. En este último caso, de acuerdo con Hart, “es obvio que el [D]erecho no puede por sí mismo determinar ahora qué semejanzas y diferencias entre los individuos tienen que ser admitidas para que sus reglas traten los casos semejantes de la misma manera, y sean así justas”¹⁵⁶. La duda, sin embargo, es qué tomar en cuenta para calificar como justa o injusta la aplicación del Derecho. Pues las semejanzas y diferencias que se consideren relevantes pueden variar por el “enfoque moral” de una sociedad o persona. Enfoque que, incluso, podría entrar en conflicto con una moral diferente. Excepto quizás cuando se tome en cuenta el propósito de la regla, y este atienda a las necesidades o bien, a las aptitudes de las personas. Los principios de justicia son únicamente un primer problema sobre la relación entre el Derecho y la moral, pero no es el único.

Otro problema es la relación entre obligación moral y obligación jurídica¹⁵⁷. La justicia es, según Hart, “la más pública y la más jurídica de las virtudes”¹⁵⁸, aunque no es la única forma de crítica que se puede hacer respecto del Derecho. Puesto que la justicia es una parte de la moral, que no se refiere a los individuos en particular sino a cómo son tratadas clases de ellos, y de este modo se critica al Derecho, además de justas o injustas, las reglas pueden ser moralmente buenas o malas. En palabras de Hart: “[p]or lo tanto, es necesario caracterizar, en términos generales, aquellos principios, reglas, y criterios, relativos al comportamiento individual, que pertenecen a la moral y que hacen que una conducta sea moralmente obligatoria”¹⁵⁹. Pero para ello se presentan dos dificultades. La primera es que el término “moral” tiene una textura abierta, de modo que hay reglas que para unos son morales mientras que para otros no lo son. Y la segunda, que, aunque acordáramos que ciertas reglas son morales, el desacuerdo se presentaría en relación con el resto del conocimiento humano con lo que la duda, según Hart, es si “son expresiones de cambiantes actitudes, elecciones, exigencias o sentimientos humanos”¹⁶⁰. Analizaremos estas dos dificultades para más adelante señalar algunas características de las reglas que son comúnmente consideradas morales, a saber: importancia, inmunidad al

¹⁵⁶ Ídem., pp. 200 y 201.

¹⁵⁷ H.L.A. HART, “Legal Duty and Obligation” (1966), en *Id., Essays on Bentham..., cit.*, pp. 127-161, en especial p. 132 (H.L.A. HART, “Legal Duty and Obligation”, *Rivista di Filosofia*, 1966).

¹⁵⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 208.

¹⁵⁹ Ídem., p. 209.

¹⁶⁰ Ibidem.

cambio deliberado, carácter voluntario de las transgresiones morales, y formas de presión social.

En relación con la textura abierta, quizás, dice Hart, lo primero que debemos considerar es “el fenómeno social aludido a menudo como “*la moral*” de una sociedad dada, o la moral “aceptada” o “convencional” de un grupo social concreto”¹⁶¹, que está constituida por un conjunto de criterios de conducta compartidos por una sociedad, distintos a los criterios de conducta de un individuo particular. Estos criterios compartidos son reglas primarias de obligación. Se caracterizan por la presión social que las soporta, y porque su cumplimiento comporta un sacrificio del interés individual.

De acuerdo con Hart: “[e]n todas las comunidades hay una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral, si bien las exigencias de las reglas jurídicas son más específicas y están circundadas por excepciones más detalladas que las exigencias de las correspondientes reglas morales”¹⁶². Además, la obligación moral, al igual que la jurídica, se refiere a conductas regulares. Exigiendo, por otro lado, acciones u omisiones simples, esto es, comprensibles o, como dice Hart, su cumplimiento “está dentro de lo que puede hacer cualquier adulto normal”¹⁶³. Estas obligaciones morales varían de una sociedad a otra e, incluso, pueden ser diferentes dentro de una misma en distintas épocas. Generalmente, están orientadas a la sobrevivencia de la sociedad exigiendo, por ejemplo, la restricción de la violencia, procurar la honestidad y veracidad hacia los otros, y la prohibición del robo o bien, la destrucción de la propiedad ajena. Sin estas obligaciones difícilmente podríamos hablar de una sociedad.

Hasta aquí quedan claras las semejanzas entre las reglas morales y las jurídicas. Hart las resume al decir que en ambos casos las reglas son obligatorias independientemente del consentimiento del obligado. Ambos tipos, además, están soportados por una presión social seria. El cumplimiento de las reglas no es premiado. Ambos tipos prescriben conductas regulares. Y ambos, en fin, exigen conductas que deben ser satisfechas para lograr convivir. En relación con las diferencias entre reglas morales y jurídicas, Hart reseña que muchos han sido los planteamientos que han tratado de ponerlas de manifiesto. Así, por ejemplo, la afirmación de que las reglas jurídicas se refieren a la conducta externa y las morales, en cambio, a la conducta interna (prescriben,

¹⁶¹ Ídem., p. 210.

¹⁶² Ídem., p. 212.

¹⁶³ Ibidem.

se dice, “sólo una buena voluntad o una intención correcta”). Afirmación que, en opinión de Hart, es errónea pues confunde el reproche moral y el castigo jurídico. Pero esta afirmación sí encierra algo de verdad, y para probarlo es necesario analizar las cuatro características que, según Hart, distinguen a las reglas morales no sólo de las jurídicas sino de cualquier otra regla.

La primera de estas características es la “importancia”. Decir que una regla moral es importante queda claro si atendemos a algunas de sus manifestaciones. En palabras de Hart: “[p]rimero, en el hecho simple de que las pautas o criterios morales son observadas en contra del impulso de las fuertes pasiones que ellas limitan, y al costo de sacrificar considerable interés personal; en segundo lugar, en las serias formas de presión social ejercida no sólo para obtener conformidad en los casos individuales, sino que aseguran que las pautas o criterios morales sean enseñados o transmitidos como cosa corriente a todos los miembros de la sociedad; en tercer lugar, en el reconocimiento general de que si las pautas o criterios morales no fueran generalmente aceptados, ocurrirían cambios considerables, y poco gratos en la vida de los individuos”¹⁶⁴. En cambio, dice Hart, otras reglas incluidas las jurídicas tienen menor importancia. La mayor importancia que se da a las reglas morales podría explicarse simplemente al decir que si bien ellas exigen sacrificios privados, no menos cierto es que estas exigencias aseguran “intereses vitales” de la sociedad. Por ejemplo, al proteger a los individuos de un daño o bien, preservando las condiciones para una sociedad “ordenada y tolerable”.

De esta manera, es posible defender una cierta racionalidad de las reglas morales. Pero este “enfoque utilitario” no siempre es posible. El ejemplo ofrecido por Hart es aquella parte de la moral que se refiere al comportamiento sexual, cuya importancia no está claro que esté relacionada con el perjuicio a otros. Dicho de otra forma, para Hart, “el cálculo del perjuicio a otros no explica la importancia atribuida a la regulación moral del comportamiento sexual, como v. gr., el común veto a la homosexualidad”¹⁶⁵. El comportamiento sexual tiene un interés emocional tal que es fácil revestir su desviación con un “poder” o importancia. No por ello, sin embargo, podría dejar de considerarse a las reglas sobre comportamiento sexual como reglas morales. El ejemplo del

¹⁶⁴ Ídem., pp. 215 y 216.

¹⁶⁵ Ídem., p. 216.

comportamiento sexual como parte de la moral fue objeto de un debate sostenido entre Hart y Devlin, que conviene reproducir a continuación.

En 1954, en Inglaterra, se creó el *Comité sobre Delitos de Homosexualidad y Prostitución* presidido por J. Wolfenden, que tuvo por objeto analizar el Derecho penal inglés sobre estas materias. El Comité, en 1957, presentó un texto conocido como *Informe Wolfenden*. En él sugirió, entre otras cosas, despenalizar las conductas homosexuales consentidas y practicadas en privado entre adultos¹⁶⁶, bajo el argumento, como nos recuerda Hart, “de que, incluso en el caso de que tales prácticas fueran comúnmente consideradas inmorales, tal circunstancia no bastaba para justificar el uso del Derecho [p]enal: el control de la conducta simplemente por ser inmoral, según los estándares generalmente aceptados en una sociedad, no eran asunto del Derecho”¹⁶⁷. Devlin se refirió a este tema en la Conferencia Macabea sobre *Jurisprudence*¹⁶⁸, que dictó en la Academia Británica en 1959. Frecuentemente, dice Devlin, se incorporan al Derecho penal normas motivadas por el sentimiento de castigar un comportamiento. Pero, continúa Devlin: “[l]a mayor parte del Derecho que regula los delitos sexuales no es otra cosa que Derecho creado por el Parlamento, lo cual dificulta el establecimiento de una relación lógica entre el mismo y las ideas morales que compartimos la mayoría de nosotros”¹⁶⁹. Frente a esta dificultad Devlin se pregunta, por una parte, si el Parlamento establece estos delitos de forma arbitraria o bien, si identifica principios que sirven para determinar qué parte de la moral debe incorporarse al Derecho y, por otra: “¿[q]ué conexión existe entre el delito y el pecado y hasta qué punto debe el Derecho penal inglés implicarse, si es que debe hacerlo, en la imposición de la moral, castigando el pecado o la inmoralidad como tal?”¹⁷⁰. Un buen punto de partida para responder a estas preguntas, afirma Devlin, es el *Informe Wolfenden*.

¹⁶⁶ A. RODRÍGUEZ LIBOREIRO, “Estudio Introductorio”, a P. DEVLIN, *La imposición de la moral* (1965), trad. de M.A. Ramiro Avilés et al, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-35, en especial p. 25 (P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965).

¹⁶⁷ H.L.A. HART, “Prefacio” (1981), a *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad: Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford* (1963), trad. de M.A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 89-94, en especial pp. 89 y 90 (H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Londres, 1963).

¹⁶⁸ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho penal” (1959), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., pp. 47-73 (Conferencia Macabea sobre *Jurisprudence* impartida en la Academia Británica el 18 de marzo de 1959. Incluida en *Proceedings of the British Academy*, vol. XLV, con el título “The enforcement of morals”).

¹⁶⁹ *Ídem.*, p. 47.

¹⁷⁰ *Ídem.*, p. 48.

El Derecho penal se ha ocupado mucho del mantenimiento de la paz. Pero quizás, dice Devlin, muy poco de la moral sexual: “[s]in embargo, sería un error inferir, a partir de esto, que este Derecho no tenía ningún contenido moral o que habría tolerado la idea de que un hombre actuara como su propio juez en el ámbito de la moral. El Derecho penal inglés, desde su origen, se ha ocupado de los principios morales. Una forma sencilla de comprobar esto consistiría en analizar el valor que el Derecho penal otorga al consentimiento”¹⁷¹. Ya que el consentimiento de la víctima, con algunas excepciones, no es admitido como defensa, porque un delito atenta contra la sociedad. Este ejemplo, para Hart, no es plausible. Pues no se trata de otra cosa más que de un caso de paternalismo legal: “[e]n concreto, [sostiene] que la disposición de nuestro Derecho [p]enal de que el consentimiento de la víctima no sirve como defensa ante una acusación de asesinato o de agresión deliberada, citada por Lord Devlin como un ejemplo de la imposición legal de la moral, puede explicarse como un caso de paternalismo legal: el uso del Derecho para prevenir que un hombre se dañe a sí mismo o que efectivamente consienta a otros que le dañen”¹⁷².

Al margen de esta cuestión lo importante es tener claro que, para Devlin, “es evidente que el Derecho penal, tal y como lo conocemos, se basa en principios morales. En una serie de delitos, su función se limita a imponer un determinado principio moral. En general, el Derecho, tanto el civil como el penal, reivindica la capacidad de pronunciarse sobre la moralidad y la inmoralidad”¹⁷³. Devlin sostiene una conexión necesaria entre Derecho y moral. En sus palabras: “[n]adie en su sano juicio puede negar que existe una relación entre el Derecho inglés y la moral [...] Algunas ramas del Derecho tienen más contenido moral que otras, pero no [cree] que haya rama alguna del Derecho inglés en la que la moral esté ausente”¹⁷⁴. Por su parte Hart, como se sabe, niega cualquier conexión necesaria entre Derecho y moral, pero concede que: “[e]n Inglaterra y Estados Unidos el Derecho [p]enal todavía contiene normas que sólo pueden explicarse como intentos de imposición de la moralidad como tal: aquellas que proscriben ciertas prácticas tachadas de inmorales por la moralidad positiva, aunque habitualmente no sean

¹⁷¹ Ídem., p. 53.

¹⁷² H.L.A. HART, “Prefacio” (1981), a *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., pp. 91 y 92.

¹⁷³ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho penal” (1959), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., p. 54.

¹⁷⁴ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho contractual” (1962), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., pp. 93-111, en especial p. 93 (Conferencia pronunciada en la *Queen’s University* de Belfast el 2 de marzo de 1962).

consideradas como perjudiciales para otras personas [comportamiento homosexual entre varones, sodomía, bestialismo, incesto] Pero, como [argumentará] más adelante el tratamiento de algunos de esos ejemplos como intentos de imposición de la moralidad como tal, es un error”¹⁷⁵. A esta opinión de Hart me referiré líneas abajo. Aquí la pregunta es quién determina esta moral. Devlin responde que no es la religión, pues el ciudadano tiene derecho a no creer. Para responder, en cambio, propone tres preguntas. La primera es si la sociedad tiene derecho a juzgar sobre cuestiones de moral o, dicho de otra forma, si existe una moral pública o bien, si la moral sólo admite un juicio privado. Si la sociedad tuviera aquel derecho, la segunda pregunta es si podría utilizar el Derecho para imponer esos juicios. Y si la respuesta fuera afirmativa, la tercera es si el Derecho debe ser utilizado en todos o sólo en algunos supuestos y, en su caso, qué criterios servirían para saberlo.

A la primera pregunta, Devlin responde que sí existe una moral pública. De hecho, Devlin sostiene que: “[l]a moral da forma al Derecho penal”¹⁷⁶. Esto es así, continúa Devlin, porque: “[l]a posición que defiende la existencia de una moralidad pública puede justificarse a través de un argumento *a priori* que afirma que lo que convierte a una sociedad en tal es la existencia de una “comunidad de ideas”, no sólo de corte político sino acerca de la manera en que sus miembros deben regir su comportamiento y dirigir sus vidas. Estas últimas ideas representan su moralidad”¹⁷⁷. Si, como se acaba de decir, la sociedad es una comunidad de ideas, lo importante es tener claro que, según Devlin, “la misma no puede existir si no hay un cierto consenso en torno a las ideas políticas, morales y éticas. Cada uno de nosotros tiene ciertas ideas acerca del bien y del mal [...] Si habiendo creado la sociedad sobre la base de un acuerdo común, éste desaparece, la sociedad se desintegrará”¹⁷⁸. El argumento de Devlin es que la sociedad sí tiene derecho a juzgar sobre cuestiones morales.

Efectivamente, se ha dicho que “respecto a la primera pregunta, Devlin confirma que la sociedad tiene derecho a pronunciarse en los asuntos de la moralidad y a juzgar

¹⁷⁵ H.L.A. HART, “El Uso y Abuso de los Ejemplos”, en *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., pp. 117-140, en especial p. 117.

¹⁷⁶ P. DEVLIN, “La moral, el Derecho cuasi-penal y el Derecho de daños” (1961), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., pp. 75-91, en especial p. 91 (El texto recoge la Presidential Address del Holdsworth Club pronunciada el 17 de marzo de 1961 con ocasión de la inauguración de la nueva Biblioteca de Derecho de la Universidad de Birmingham en la ciudad de Edgbaston).

¹⁷⁷ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho penal” (1959), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., p. 56.

¹⁷⁸ Ídem., p. 57.

como buenos o malos ciertos comportamientos, y sostiene que no basta con que una mayoría de personas desaprobe una determinada práctica sino que debe ser unánime”¹⁷⁹. La sociedad tiene, según Devlin, el derecho a juzgar sobre cuestiones morales pues, como ya se dijo, para este autor aquella no es más que una comunidad de ideas. Y así, continúa Devlin: “[l]a moral de una sociedad está constituida por las ideas que los miembros de dicha sociedad comparten acerca de cuál es la forma de vida correcta”¹⁸⁰. Pero como advierte el propio Devlin: “[l]o que conforma una sociedad es una comunidad de ideas, pero no sólo de ideas políticas, sino también de ideas acerca de la manera en que sus miembros deben comportarse y dirigir sus vidas”¹⁸¹. Ideas que, en fin, deben ser preservadas porque de lo contrario desaparecería la sociedad. Así, conviene insistir en que “Devlin defendía, pues, la imposición de la moralidad social a través del Derecho penal como un elemento clave para mantener la existencia de la sociedad”¹⁸². Efectivamente, “Devlin recurre [...] a la *tesis de la desintegración*, mezclándola con la *tesis de la conservación*, como argumento para defender la imposición legal de la moralidad positiva, esto es, de las convicciones morales profundas y arraigadas de los miembros de una comunidad, hasta el punto de formar su identidad”¹⁸³.

En relación con la segunda pregunta, esto es, si la sociedad puede utilizar el Derecho para imponer la moral, Devlin responde afirmativamente pues, en su opinión, “si aceptamos que la sociedad tiene derecho a emitir juicios en este ámbito sobre la base de que una moralidad es tan necesaria en una sociedad como lo es un gobierno reconocido, la sociedad podría hacer uso del Derecho para preservar la moralidad, de la misma manera que lo utiliza para salvaguardar cualquier otro elemento que resulte esencial para su existencia. Por consiguiente, si la primera premisa está firmemente establecida en todas sus implicaciones, la sociedad tiene un derecho *prima facie* a legislar

¹⁷⁹ M.A. RAMIRO AVILÉS, “Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal”, a H.L.A. HART, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., pp. 9-88, en especial p. 16.

¹⁸⁰ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho matrimonial” (1963), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., pp. 113-136, en especial p. 113 (Este texto corresponde a la *Earl Grey Memorial Conference* pronunciada en la Universidad de Durham el 15 de marzo de 1963).

¹⁸¹ P. DEVLIN, “Democracia y moralidad” (1961), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., pp. 137-152, en especial p. 140 (El texto pertenece a la *Owen J. Roberts Memorial Lecture*, pronunciada el 28 de septiembre de 1961 bajo los auspicios de la *Pennsylvania Chapter of the Order of the Coif* y la Facultad de Derecho de la Universidad de Pennsylvania. Fue publicado en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 100, p. 635).

¹⁸² M.A. RAMIRO AVILÉS, “Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal”, a H.L.A. HART, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., p. 13.

¹⁸³ *Ídem.*, p. 19.

en contra de la inmoralidad como tal”¹⁸⁴. Para responder a estas ideas, Hart resume la postura de Devlin al señalar que: “[s]u argumento principal era que la moralidad compartida en una sociedad era tan necesaria para su existencia como un gobierno reconocido, y la justificación de su imposición mediante el uso del Derecho se buscaba, sencillamente, en que éste podía usarse para preservar todo aquello que se considerara esencial para la existencia de la sociedad”¹⁸⁵. Dicho esto, Hart manifiesta su desacuerdo. Devlin, afirma Hart, basa su postura “en el principio general de que está permitido a cualquier sociedad adoptar las medidas necesarias para preservar su propia existencia como sociedad organizada, y piensa que la inmoralidad –incluso la inmoralidad sexual privada- puede, al igual que la traición, poner en peligro la existencia de la sociedad. Sin duda alguna, muchos de nosotros podemos poner en duda este principio y no sólo la analogía sugerida con la traición. Podríamos argumentar que la justificación de que una sociedad tome medidas para preservarse depende tanto de qué tipo de sociedad sea, cuánto de qué medidas se han tomado”¹⁸⁶.

Esta es la respuesta (y crítica) a la segunda pregunta planteada por Devlin. Sin embargo, antes de tratar lo relativo a la tercera y última pregunta conviene cuestionarse ¿cómo determinar los juicios morales de la sociedad? A este respecto, Devlin sostiene la tesis del hombre razonable. En sus palabras: “[s]e trata del criterio del hombre razonable, que no debe confundirse con el hombre racional. De él no se espera que razone acerca de nada y su juicio puede estar basado, en gran medida, en una cuestión de sentimientos. Estamos haciendo referencia al punto de vista del hombre de a pie o –usando un arcaísmo que resulta familiar a todos los abogados- del hombre del autobús de Clapham. También se le puede denominar el “buen padre de familia” [...] De cara a [su] objetivo [le] gustaría [referirse] a él como el miembro del jurado [...] ya que el juicio moral de una sociedad tiene que ser, necesariamente, algo sobre lo que puedan ponerse de acuerdo de manera unánime, tras debatir acerca de ello, doce hombres o mujeres escogidos aleatoriamente”¹⁸⁷. Dicho de otra forma, para Devlin, la manera de determinar los juicios morales de la sociedad es tener presente que: “[l]a inmoralidad se concibe, a efectos del

¹⁸⁴ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho penal” (1959), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., pp. 58 y 59.

¹⁸⁵ H.L.A. HART, “Prefacio” (1981), a *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., p. 90.

¹⁸⁶ H.L.A. HART, “La imposición legal de la moralidad”, en *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., pp. 97-116, en especial pp. 111 y 112.

¹⁸⁷ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho penal” (1959), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., p. 63.

Derecho, como lo que presumiblemente consideraría inmoral cualquier “buen padre de familia”¹⁸⁸ o, lo que es lo mismo, se ha sostenido que “lo inmoral, a efectos de traducirse en normas jurídicas, es lo que se presume que cualquier persona razonable considerará como inmoral”¹⁸⁹. De esta manera, resta por referirnos a la tercera y última pregunta planteada por Devlin, es decir, a si el Derecho debe ser utilizado para imponer la moral en todos o sólo en algunos supuestos.

Devlin responde que si bien es cierto que no se puede exigir al individuo que condicione su conducta a los juicios de la sociedad, no lo es menos que sí debe buscarse un equilibrio entre individuo y sociedad. En concreto, dice Devlin: “[e]l tercer interrogante que [plantea] no debe resolverse a través de la formulación de normas estrictas e inalterables sino mediante un enjuiciamiento de cada caso concreto, teniendo en cuenta los factores que [ha] venido mencionando. La línea que separa el Derecho penal de la moral no puede dibujarse a través de la simple aplicación de un principio bien definido. Es como una línea que divide la tierra del mar, como una costa plagada de irregularidades y hendiduras”¹⁹⁰. Ya se dijo que Hart niega cualquier conexión necesaria entre Derecho y moral como la que plantea Devlin. Y se señaló también que no está de acuerdo con su posición sobre la imposición de la moral a través del Derecho por considerarla un error. Esto es así, pues para Hart la falla de Devlin es que “aunque afirma que la sociedad tiene derecho a imponer la moralidad como tal, basándose en que una moralidad compartida es esencial para la existencia de la sociedad, no está del todo claro que para él la afirmación de que la inmoralidad pone en peligro o debilita la sociedad sea una afirmación de carácter empírico. Parece que, en ocasiones, es una asunción *a priori*, y, en otras ocasiones, es una verdad necesaria y extraña”¹⁹¹. Devlin, dice Hart, cree que la inmoralidad pone en peligro a la sociedad, y su aparente indiferencia frente a la falta de evidencia empírica de ello “puede atribuirse a una suposición no discutida. Esta suposición es que toda moralidad [...] se [asemeja] a una tela de una sola pieza, de modo

¹⁸⁸ Ibidem.

¹⁸⁹ M.A. RAMIRO AVILÉS, “Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal”, a H.L.A. HART, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., p. 24.

¹⁹⁰ P. DEVLIN, “La moral y el Derecho penal” (1959), en *Id.*, *La imposición de la moral*, cit., p. 70.

¹⁹¹ H.L.A. HART, “El Uso y Abuso de los Ejemplos”, en *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad...*, cit., p. 138.

que quienes se desvían en alguna parte de la misma es probable que acaben desviándose del todo”¹⁹².

Mostré con cierto detalle el debate sostenido entre Hart y Devlin, a propósito de la primera característica de las reglas morales que señala Hart. Lo que se quiere decir con esta primera característica, y su relación con la distinción entre reglas morales y reglas jurídicas, en palabras de Hart, es que: “[l]as reglas jurídicas, como hemos visto, pueden concordar con reglas morales en el sentido de exigir o prohibir la misma conducta. Las que así lo hacen son consideradas, sin duda, tan importantes como las correspondientes reglas morales. La importancia, sin embargo, no es esencial al *status* de todas las reglas jurídicas como lo es al *status* de las reglas morales”¹⁹³. Pero como ya se dijo la importancia sólo es una característica que permite distinguir a las morales de otras reglas.

Otra característica es la “inmunidad al cambio deliberado”. Señalé, siguiendo a Hart, que a través de la introducción de una regla de cambio pueden crearse, modificarse o derogarse reglas jurídicas. Estos cambios se realizan de forma deliberada. No es posible, en cambio, implantar, modificar o eliminar de esta forma a las reglas morales. Aquí el ejemplo que usa Hart es que la expresión “A partir del 1º de enero de 1960 será un delito...” es posible, como no lo es decir “A partir del 1º de enero de 1960 será inmoral...” que sería una frase sin sentido. En suma, para Hart: “[l]as pautas o criterios de conducta no pueden recibir *status* moral, ni verse privados de él, por un *fiat* humano, mientras que el uso cotidiano de conceptos tales como el de sanción y derogación de normas jurídicas muestra que no ocurre lo mismo en el campo del [D]erecho”¹⁹⁴. La ética, señala Hart, dedica gran parte de sus esfuerzos a explicar que la moral no cambia deliberadamente, sino que “está allí” para ser reconocida. Pero a pesar de la importancia de esta característica, por sí misma no permite distinguir a las morales de otras reglas. Piénsese en el caso de la tradición que tampoco cambia por un “fiat” humano. Quizás para concluir con esta característica baste decir, con Hart, que “la idea de una legislatura moral con competencia para crear y cambiar la moral, tal como mediante la sanción de normas jurídicas se crea y modifica el [D]erecho, es repugnante a toda la noción de moral”¹⁹⁵. Ya

¹⁹² Ibidem.

¹⁹³ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 217.

¹⁹⁴ Ídem., p. 218.

¹⁹⁵ Ídem., p. 220.

se apuntó que la importancia y la inmunidad al cambio deliberado son características de las reglas morales. Pero se señaló también que estas no son las únicas.

El “carácter voluntario de las transgresiones morales” es una tercera característica. Si *A* se desvía de la conducta prescrita por una regla moral, pero acredita que fue de manera no intencional, *A* está exento de responsabilidad moral. Lo mismo ocurre en un sistema jurídico, pero hasta cierto grado. Es verdad que se admiten excusas tales como actuar con negligencia, de forma inconsciente o bien, por incapacidad física o mental. Pero es verdad también que su admisión está limitada. En palabras de Hart: “[l]as dificultades de prueba de los hechos psicológicos, reales o pretendidos, pueden hacer que un sistema jurídico no permita investigar los estados o aptitudes mentales efectivos de los individuos y, en lugar de ello, se valga de “criterios objetivos”, según los cuales se considera que la persona acusada posee la capacidad de control, o la habilidad necesaria para tomar precauciones, que posee un hombre normal o “razonable””¹⁹⁶. Además, no se pierda de vista que en algunos sistemas se establece la responsabilidad objetiva. En fin, hablando de moral si *A* no puede evitar la transgresión de la conducta, siempre es una excusa. La importancia, la inmunidad al cambio deliberado, y el carácter voluntario de las transgresiones morales no son las únicas características de las reglas morales.

La “forma de presión social” es una cuarta y última característica. En opinión de Hart, la explicación de esta idea ha conducido a confusión, que ha sido suscitada por aquel planteamiento ya señalado en el sentido de que la moral se refiere a la conducta interna. Esta confusión obedece a que si para disuadir a alguien de transgredir una regla se usara de forma exclusiva la amenaza de un castigo físico u otras consecuencias desagradables estaríamos en presencia del Derecho, pero difícilmente de la moral. Esto es así porque dicha amenaza es la típica forma de presión jurídica, pero no moral. Pues en esta última la típica forma de presión es apelar por el respeto a las reglas por la importancia que como ya se explicó ellas representan. De hecho, para Hart, “las desviaciones del código moral encuentran muchas formas diferentes de reacción social hostil, que van desde las expresiones relativamente informales de menosprecio hasta el aislamiento u ostracismo. Pero las advertencias enfáticas de lo que las reglas exigen, las apelaciones a la conciencia, y la confianza en la eficacia de la culpa y el remordimiento, son las formas de presión

¹⁹⁶ Ídem., p. 221.

características, y más sobresalientes usadas en apoyo de la moral social”¹⁹⁷. Y la explicación de estas formas de presión social es la importancia de las reglas morales.

En fin, muchas cuestiones surgen de las relaciones entre el Derecho y la moral. Pero Hart prefiere centrar el análisis en dos de ellas. La primera es el conflicto entre Derecho natural y positivismo jurídico. Estos son “rótulos” bajo los cuales se agrupan diferentes tesis sobre el Derecho y la moral. Por ejemplo, dice Hart: “[a]quí entenderemos por “Positivismo Jurídico” la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así”¹⁹⁸. No obstante este párrafo de *The Concept of Law*¹⁹⁹ debe recordarse que, en otra obra²⁰⁰, Hart sostiene que: “[q]uizás ayude identificar cinco (debe haber más) significados de “positivismo” en la jurisprudencia contemporánea: (1) la concepción de que las leyes son mandatos de seres humanos [...] (2) la concepción de que no hay una conexión necesaria entre Derecho y moral o entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser [...] (3) la concepción de que el análisis (o estudio del significado) de los conceptos jurídicos es (a) un mérito a perseguir y (b) que debe distinguirse de las investigaciones históricas sobre las causas u orígenes del Derecho, de las investigaciones sociológicas sobre la relación del Derecho y otros fenómenos sociales, y de la crítica del Derecho en términos morales, sociales o “funcionales” [...] (4) la concepción de que el sistema jurídico es un “sistema lógicamente cerrado” en que las decisiones jurídicas correctas se pueden deducir por los significados lógicos de reglas jurídicas predeterminadas sin referencia a objetivos sociales, políticos o estándares morales [...] (5) la concepción de que los juicios morales no pueden ser establecidos o defendidos, como enunciados de hecho, por argumento racional, evidencia o prueba (no-cognoscitivismo en ética)”²⁰¹. El positivismo jurídico es rechazado, por lo menos, por dos planteamientos. Primero, “las teorías clásicas del Derecho natural”, según las cuales, “hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el [D]erecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido”²⁰². El otro planteamiento adopta un punto de vista distinto sobre la relación entre

¹⁹⁷ Ídem., p. 223.

¹⁹⁸ Ídem., p. 230.

¹⁹⁹ Ibidem.

²⁰⁰ H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1958), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 49-87 (H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals” is reprinted with permission from *Harvard Law Review*, vol. 71 (Feb. 1958)).

²⁰¹ Ídem., p. 57, nota 25.

²⁰² H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 230.

validez jurídica y valor moral. Creo, sin embargo, que no es necesario analizar con detalle estos planteamientos ni la idea de Hart sobre un “contenido mínimo de Derecho natural”²⁰³, pero sí apuntar que, en mi opinión, este contenido mínimo no es Derecho natural. Se trata de una serie de normas jurídicas que resultan indispensables para la convivencia. Los principios del contenido mínimo son, en efecto, normas que permiten la convivencia. Pero creo además que hacen posible que el Derecho cumpla con su función de control social. No es este, como ya se dijo, el momento para analizar esta idea. Aquí, en cambio, conviene referirnos al segundo planteamiento que pretende explicar las relaciones entre Derecho y moral. Este, como ya señalé, afirma una relación entre validez jurídica y valor moral.

El punto de partida es tener claro que, como ya se apuntó, Hart explica que “el paso desde las formas simples de sociedad, donde las reglas primarias de obligación son el único medio de control social, al mundo jurídico, con su legislatura centralmente organizada, sus tribunales, funcionarios y sanciones, trae consigo ventajas considerables, pero a un cierto precio. Las ventajas son las de la adaptabilidad frente a los cambios, la certeza, y la eficiencia; ellas son inmensas. El precio es el riesgo de que el poder centralmente organizado puede ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible, de una manera que el régimen más simple de reglas primarias no podría llevar a cabo”²⁰⁴. Dado que este riesgo podría presentarse debemos examinar otras formas de relación entre Derecho y moral. Se pretende que existe una relación necesaria entre Derecho y moral, y de esta manera se analizarán seis formas de esa pretensión.

La primera está relacionada con el “poder y autoridad”. Este planteamiento afirma que el Derecho está basado en una obligación moral de obedecerlo o bien, en la convicción del valor moral del propio sistema jurídico. No, en cambio, en el poder de un hombre sobre otro. Ya se dijo que el modelo simple de órdenes respaldadas por amenazas es insuficiente para explicar el Derecho. Para entender las ideas del fundamento de un

²⁰³ N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, Comares, Granada, 2004, pp. 36 y 38; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 96; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 28; G. PALOMBELLA, *Filosofía del Derecho...*, cit., pp. 17-26; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 29. Para una crítica, véanse B.H. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, cit., p. 143; J. FINNIS, “Sobre los caminos de Hart: El Derecho como razón y como hecho”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart...*, cit., p. 46; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, pp. 306-316; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 161 y 162.

²⁰⁴ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., pp. 249 y 250.

sistema jurídico y de la validez es necesaria una regla de reconocimiento, pero no es suficiente, puesto que, según Hart, “es una condición necesaria de la existencia del poder coercitivo que por lo menos algunos tienen que cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas. En este sentido es verdad que el poder coercitivo del [D]erecho presupone su autoridad aceptada”²⁰⁵. La obediencia al Derecho puede corresponder a diversos motivos. Hart cita como ejemplo los “cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros”²⁰⁶. Es probable, continúa Hart, que estas ideas no estén claras con motivo del uso compartido de un mismo vocabulario para expresar obligaciones jurídicas y morales. Pero, de acuerdo con Hart: “[q]uienes aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo ven desde el punto de vista interno, y expresan su apreciación de las exigencias de aquél en enunciados internos”²⁰⁷. En dichos enunciados se usa aquel vocabulario compartido: “Yo debo”. Esto, sin embargo, no quiere decir que estemos frente a un “juicio moral”, es decir, afirmar que es correcto moralmente obedecer el Derecho. Ya se dijo que la primera forma de la pretensión de una conexión necesaria entre Derecho y moral es la hasta aquí analizada relativa al poder y la autoridad. Pero esta no es la única.

Bajo la expresión la “influencia de la moral sobre el Derecho” analizaré a continuación otra forma. La premisa de la que parte Hart es que: “[e]l [D]erecho de todo [E]stado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios”²⁰⁸. Esta influencia opera en el Derecho por vía legislativa o bien, a través del proceso judicial. Así, recuérdese que en opinión de Hart: “[e]n algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como en Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral”²⁰⁹. La moral influye, en fin, en muchas otras formas en el Derecho. Pues, como reseña Hart, “las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la

²⁰⁵ Ídem., p. 250.

²⁰⁶ Ídem., p. 251.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ Ibidem.

²⁰⁹ Ídem., p. 252.

ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral”²¹⁰. Para Hart este hecho es innegable para cualquier autor positivista, como también lo es que la propia estabilidad del sistema jurídico depende en cierta medida de esta influencia de la moral. Por ello dice que: “[s]i es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del [D]erecho y la moral, su existencia debe ser concedida”²¹¹. Además de la relación entre poder y autoridad, y la influencia que se acaba de analizar de la moral en el Derecho, otra forma de la pretensión es en materia de “interpretación”.

En relación con esta idea, Hart señala que: “[l]as normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que obscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente [...] que la textura abierta del [D]erecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa”²¹². El juez que interpreta una ley o un precedente, dice Hart, no está limitado entre una elección arbitraria o bien, una deducción “mecánica”. La elección generalmente está motivada por la idea de que las reglas tienen un propósito razonable, esto es, a través de las reglas no se busca “cometer una injusticia” o “atentar contra principios morales establecidos”. En cambio, para Hart: “[l]a decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del [D]erecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de “legislativa” a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede *demonstrar* que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem.

²¹² Ibidem.

de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto”²¹³.

Estos elementos bien pueden ser llamados “morales”. Y esto es así toda vez que a través de ellos se logra que las decisiones sean aceptables. Los criterios de interpretación que rigen en los sistemas jurídicos incorporan estos elementos: “[s]in embargo, si se ofrecen estos hechos como prueba de la conexión *necesaria* entre el [D]erecho y la moral, es menester recordar que esos mismos principios han recibido casi tanta transgresión como acatamiento. Porque, desde Austin hasta nuestros días, las advertencias de que tales elementos deberían guiar la decisión han provenido, en su mayor parte, de críticos que han visto que la elaboración judicial del [D]erecho a menudo ha sido ciega a los valores sociales, “automática” o inadecuadamente razonada”²¹⁴. Hasta aquí el tema de la interpretación que como ya se dijo sólo es otra forma de la pretensión de una relación necesaria entre Derecho y moral.

La “crítica del Derecho” es, sin embargo, otra forma de aquella pretensión. Quizás lo primero que convenga decir es que: “[a] veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el [D]erecho y la moral no quiere decir más que esto: que un *buen* sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos [...] a las exigencias de la justicia y de la moral”²¹⁵. Lo que se quiere decir es que se critica al Derecho desde un punto de vista moral. Y esto quizás, dice Hart, es obvio. Pero, por ejemplo, no está claro o bien, podría haber desacuerdo sobre los criterios morales apropiados para efectuar dicha crítica o bien, no se sabe sobre qué puntos debe haber conformidad. Así, Hart se pregunta si: “[l]a moral con la que debe concordar el [D]erecho para ser buen [D]erecho, ¿es la moral aceptada del grupo en cuestión, aunque se apoye en supersticiones o niegue sus beneficios y su tutela a los esclavos o a clases sometidas? ¿O es una moral de pautas o criterios esclarecidos, esto es, que reposan en creencias racionales respecto de cuestiones de hecho, y reconocen que todos los seres humanos son acreedores de igual consideración y respeto?”²¹⁶. Aquí no puede desarrollarse a detalle esta distinción.

²¹³ Ídem., pp. 252 y 253.

²¹⁴ Ídem., p. 253.

²¹⁵ Ibidem.

²¹⁶ Ídem., p. 254.

La siguiente forma de la pretensión de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral son los “principios de legalidad y justicia”. En cualquier sociedad en que la conducta humana es controlada por reglas que son generales, de público conocimiento y aplicadas judicialmente, se realiza un “mínimo de justicia”. Ya se dijo, por ejemplo, que la justicia en su forma más simple, esto es, en la aplicación del Derecho no es otra cosa más que tratar igual a casos semejantes. Esta imparcialidad, reseña Hart, es lo que los juristas angloamericanos llaman principios de “justicia natural”. De este modo, aunque se tratara de una regla inicua, su aplicación llevaría aparejada la idea de justicia. No es esta, sin embargo, la única forma de justicia mínima que podemos llamar “natural”. Hart se refiere a ciertos requisitos que deben cumplir las reglas. Por ejemplo, dice que estas “han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente puedan serlo”²¹⁷. Es claro que estos requisitos están relacionados con el principio de legalidad. Pero, a propósito de estas ideas, Hart reseña que “un crítico del positivismo ha visto en estos aspectos del control mediante reglas algo que importa una conexión necesaria entre el [D]erecho y la moral, y ha sugerido que se los denomine “la moral interna del [D]erecho [...] [Para Hart] [t]ambién aquí, si esto es lo que significa la conexión necesaria del [D]erecho y la moral, podemos aceptarla. Infortunadamente, es compatible con una enorme [inequidad]”²¹⁸. Este crítico del positivismo jurídico no es otro más que L.L. Fuller con quien, como se sabe, Hart sostuvo un debate²¹⁹, que considero conveniente reproducir a continuación con cierto detalle a partir del planteamiento de la obra de Fuller²²⁰, pues ya se avanzó la postura de Hart en *The Concept of Law*²²¹, aunque a lo largo de la exposición se irá mostrando su réplica posterior²²².

Fuller distingue entre una moral de aspiración y una moral de deber. Como lo hace notar Hart, sin embargo: “[e]s verdad que este laudable esfuerzo por superar la excesiva concepción monolítica de la naturaleza de la moral no es, como el autor [Fuller] nota, nueva. De hecho, difícilmente puede “pasársele” a cualquiera que atienda el contraste

²¹⁷ Ídem., p. 255.

²¹⁸ Ídem., pp. 255 y 256.

²¹⁹ B.H. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, cit., p. 83; y J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, cit., p. 110.

²²⁰ L.L. FULLER, *The Morality of Law* (1963), Yale University Press, 3ª reimp., Connecticut, 1967.

²²¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

²²² H.L.A. HART, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” (1965), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.

entre el uso común en blanco y negro de palabras determinadas por reglas como “correcto” e “incorrecto” y el uso de escalas comparativas determinadas por palabras como “bueno”, “mejor”. Pero aunque el autor no lo descubra, él ciertamente está más avanzado que esta concepción más realista de la moral que comprende distintas dimensiones de aserciones”²²³.

Como se acaba de decir, Fuller distingue entre moral de aspiración y moral de deber. La primera fue ejemplificada por la filosofía griega. Es la moral de la “buena vida”, de excelencia, de la mayor realización de los poderes humanos. La moral de aspiración tiene que ver con nuestros esfuerzos para hacer el mejor uso de nuestras “cortas vidas”. Dicho de otra forma: “[l]a moral de aspiración estaría comprendida, siempre según la clasificación de Fuller, por todas aquellas normas morales dirigidas a que el sujeto pueda alcanzar su autorrealización, es decir, las normas que proporcionan a cada sujeto la vía para el despliegue de sus facultades y capacidades, con el fin de que éste pueda elegir y alcanzar su pleno desarrollo moral. En cambio, la moral de deber se hallaría compuesta por aquellas normas cuyo propósito se centra, si no exclusiva sí principalmente, en establecer las condiciones mínimas y básicas para la vida social. Se trata, esta última, de un conjunto de deberes morales dirigidos a alcanzar una sociedad ordenada, es decir, una sociedad en la que sea posible la convivencia y donde cada sujeto pueda, en un momento posterior, desarrollar sus propias creencias o convicciones morales”²²⁴.

Entre moral de aspiración y moral de deber, Fuller sugiere “la figura de una escala ascendente, que empieza en el fondo con las condiciones obviamente esenciales para la vida social y termina en la cima con el elevado esfuerzo tendente a la excelencia humana. Los peldaños bajos de esta escala representan la moral de deber; los más altos llegan a la moral de aspiración. Separando a las dos está una línea de división fluctuante difícil de localizar con precisión, pero de vital importancia”²²⁵. Ya se dijo que Hart objeta la falta de novedad en la distinción entre moral de aspiración y moral de deber que propone Fuller, pero aquí debo agregar que Hart es de la opinión que “la caracterización inicial del autor [Fuller] de deber es muy cercana a lo que es “racionalmente descubierto” y objetivo, en contraste con la moral de la aspiración que se acerca a lo que él encuentra

²²³ Ídem., p. 345.

²²⁴ R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 365 y 366.

²²⁵ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 27.

“subjetivamente apropiado” [...] Pero esta foto inicial clara del deber como racionalmente descubierto y objetivo es difícil de encajar con otras cosas que el autor dice sobre el deber”²²⁶. Expuesta la distinción entre moral de aspiración y moral de deber (y algunas de sus críticas), así como la escala que en el fondo contiene los deberes morales esenciales y en la cima los más altos objetivos humanos, Fuller termina por decir que lo que denomina: “[l]a moral interna del Derecho [...] presenta todos estos aspectos. Comprende la moral de deber y la moral de aspiración”²²⁷.

Entendida de esta forma, la moral interna del Derecho presenta ocho demandas²²⁸. Se trata de la generalidad del Derecho, la promulgación, la prohibición de leyes retroactivas, la claridad de las leyes, la prohibición de contradicción entre las leyes, la prohibición de que la ley requiera lo imposible, la constancia del Derecho a través del tiempo, y la congruencia entre la acción oficial y el Derecho. No creo, sin embargo, que sea necesario desarrollar estas ideas, pero sí contestar a la pregunta de si, en la teoría de Fuller, son Derecho natural. Para Fuller: “[l]a respuesta es un enfático, pero cualificado, sí [...] Lo que [ha] tratado de hacer es discernir y articular las leyes naturales de un tipo particular de tarea humana, que [ha] descrito como “la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas” [...] Ellas [las leyes] son como las leyes naturales de la carpintería, o por lo menos aquellas leyes respetadas por un carpintero quien quiere que la casa que él construye se mantenga de pie y sirva para el propósito de aquellos quienes vivan en ella”²²⁹. En suma, continúa Fuller: “[l]o que [ha] llamado la moral interna del Derecho es [...] una versión procedimental de Derecho natural, pero para evitar malos entendidos a la palabra “procedimental” le debe ser asignado un especial y extendido sentido que incluye, por ejemplo, una correspondencia sustantiva entre la acción oficial y el Derecho establecido. El término “procedimental” es, sin embargo, apropiado para indicar que nosotros estamos enfocados, no con los objetivos sustantivos de las reglas jurídicas, sino con las formas en que el sistema de reglas para gobernar la conducta humana debe ser construido y administrado si va a ser eficaz y al mismo tiempo recordar cuáles deben ser sus propósitos”²³⁰.

²²⁶ H.L.A. HART, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” (1965), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 345.

²²⁷ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 42.

²²⁸ Ídem., pp. 46-81.

²²⁹ Ídem., p. 96.

²³⁰ Ídem., pp. 96 y 97.

La tesis de Fuller no es otra más que la pretensión de que entre Derecho y moral existe una conexión necesaria. Como se sabe, Hart no está de acuerdo. La calificación de estas ocho demandas como formas de moral, sostiene Hart, es confusa. Como ya se dijo, Hart les llama “principios de legalidad”. Y como también se señaló, para Hart, estos principios son ciertos requisitos que deben cumplir las reglas, como el hecho de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría o bien, no ser retroactivas, aunque excepcionalmente puedan serlo. Dicho de otra forma, para Hart (y Fuller) estos principios deben estar presentes en el Derecho. Hasta aquí, como señala Hart, todo bien: “[p]ero la insistencia del autor [Fuller] en clasificar estos principios de legalidad como “moral” es una fuente de confusión para él y para sus lectores. La objeción es que la descripción de estos principios como “la especial moral del Derecho” es desorientador o engañoso porque ellos son aplicables no sólo a lo que los abogados piensan que es el Derecho sino que son igualmente aplicables a cualquier actividad guiada por reglas como los juegos (o por lo menos aquellos juegos que poseen autoridades que hacen y aplican reglas) [...] Pero la objeción crucial a la designación de estos principios como moral, a pesar de su calificación de “interna”, es que confunden dos nociones: una actividad determinada y la moral. Envenenar no hay duda es una actividad determinada, y las reflexiones sobre su propósito pueden mostrar que tiene principios internos [...] Pero llamar a estos principios del arte de envenenar “la moral interna del envenenamiento” quizás simplemente haga borrosa la distinción entre la noción de eficacia para un propósito y estos juicios finales sobre actividades y propósitos con que la moral en sus varias formas está relacionada”²³¹. La crítica de Hart al planteamiento de Fuller es que, si bien es cierto que las ocho demandas de la “moral interna del Derecho” son necesarias para el sistema jurídico, no lo es menos que estos principios no son morales. O, en otras palabras: “[s]e trata, así, de elementos cuya concurrencia se estima necesaria para los sistemas jurídicos, pero de los que, en ninguna medida, cabe predicar valor moral. Ésta es la respuesta que, desde el positivismo jurídico encarnado en la figura de Hart, se ofrece a la propuesta de Fuller”²³².

Si, como se acaba de decir, las ocho demandas de la moral interna del Derecho no son morales, la pregunta es ¿qué naturaleza tienen? A mi forma de ver las cosas son Derecho. Así, coincido con Escudero cuando dice que: “[l]os elementos de la moral interna del Derecho son condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico,

²³¹ H.L.A. HART, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” (1965), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 349 y 350.

²³² R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit., p. 26.

que se articulan a través de normas jurídicas expresas, y que, por ello, gozan de pleno carácter jurídico. Cabe, entonces, afirmar que se trata de normas que establecen deberes a los sujetos competentes para crear y aplicar normas jurídicas”²³³. Si estas ocho demandas no son morales, sino jurídicas, estimo que no existe conexión necesaria alguna entre Derecho y moral, como lo viene a decir esta quinta forma de la pretensión que habla de los principios de legalidad y de justicia, a propósito de la cual se dio cuenta del debate entre Hart y Fuller. Los principios de legalidad y justicia no son, sin embargo, la única forma de la pretensión de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Una sexta y última forma de tal pretensión es la que tiene que ver con la validez jurídica y la resistencia al Derecho. Pocos positivistas, afirma Hart, podrían negar las formas de conexión entre el Derecho y la moral hasta aquí analizadas. De este modo, se pregunta ¿cuál es el propósito del positivismo jurídico? En sus palabras: “[l]o que en lo sustancial querían promover estos pensadores era claridad y honestidad en la formulación de las cuestiones teóricas y morales suscitadas por la existencia de normas jurídicas particulares que son moralmente inicuas, pero que han sido sancionadas en la forma establecida, tienen un significado claro, y satisfacen todos los criterios de validez reconocidos del sistema. Ellos han entendido que tanto el teórico como el infortunado funcionario llamado a aplicar u obedecer tales normas, sólo podrían ser inducidos a confusión si, al reflexionar acerca de ellas, fueran invitados a negarle la calidad de [D]erecho o de normas jurídicas “válidas”. Dichos autores han pensado que para enfrentar estos problemas disponemos de recursos más simples y más sinceros, que destacan mucho mejor todas las consideraciones intelectuales y morales relevantes. Lo que hay que decir es: “[e]sto es [D]erecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido””²³⁴. No es necesario, sin embargo, ocuparnos del punto de vista opuesto que se presenta, por ejemplo, después de una revolución o bien, del caso alemán que reseña Hart.

Hasta aquí no se ha hecho otra cosa más que mostrar, conforme a la teoría de Hart, las relaciones que pueden existir entre el Derecho y la moral. Me detuve en estas ideas, toda vez que como ya se dijo el objeto del presente subapartado es la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Ahora, conviene decir que esta tesis ha sido

²³³ Ídem., p. 389.

²³⁴ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 256.

considerada la idea básica o central de todo positivismo jurídico²³⁵. Se trata sin duda de una de las tesis que identifican al positivismo jurídico hartiano. Esto es así, pues como Hart explicó más tarde, en *The Concept of Law*²³⁶ sostuvo que “aunque hay muchas diferentes conexiones contingentes entre [D]erecho y moral, no hay ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del [D]erecho y la moral; y, por tanto, disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos”²³⁷ o, lo que es lo mismo, “las normas jurídicas pueden ser justas o moralmente plausibles, pero no es necesario que lo sean para poderse denominar normas jurídicas”²³⁸. En definitiva, para Hart, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral: “[a]rguye que aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el [D]erecho y la moralidad, de modo que frecuentemente, hay una coincidencia o solapamiento <de facto> entre el [D]erecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente”²³⁹. Las tesis de las fuentes sociales y de la separación conceptual entre Derecho y moral no son, sin embargo, los únicos rasgos que identifican el positivismo jurídico hartiano, pues lo es también la discrecionalidad judicial.

2.3.La tesis de la discrecionalidad judicial

Hart sostiene la tesis de la discrecionalidad judicial, como tercera tesis de su variedad de positivismo jurídico, a partir de la idea de la textura abierta del Derecho. Afirmar que el Derecho tiene una textura abierta quiere decir que las reglas que lo componen presentan un núcleo de significado indiscutido, pero también una penumbra de incertidumbre²⁴⁰. Cuando Hart explica los tres problemas que suscita responder a la pregunta ¿qué es Derecho? esboza esta explicación sobre la textura abierta. Comienza por

²³⁵ C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart...*, cit., p. 65; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 113.

²³⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

²³⁷ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 49.

²³⁸ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 320.

²³⁹ H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, cit., p. 4.

²⁴⁰ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 234; A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho* (1992), trad. de M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 167 (A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, 1992); y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 125.

afirmar que: “[l]as reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla”²⁴¹. El ejemplo es la regla que establece que para el otorgamiento de un testamento se requieren dos testigos. Como se acaba de decir, para Hart, las reglas tienen un núcleo de significado: “[s]in embargo, todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que decidir entre alternativas”²⁴². El ejemplo es firmar un testamento. Simple caso del Derecho civil, dice Hart. Pero qué pasa con los textos constitucionales. En sus palabras: “[s]i puede aparecer tanta incertidumbre en humildes esferas del [D]erecho privado, ¿cuánta más no encontraremos en las grandilocuentes frases de una [C]onstitución, tales como las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que establecen que nadie será “privado de la vida, de la libertad, o de la propiedad sin debido proceso legal”?”²⁴³. Hart nos hace ver que el problema es quizás que, además de la falta de certeza de las reglas, el tribunal decide.

Para resolver un caso mediante la aplicación de una regla es necesario ubicar el supuesto particular dentro de los términos generales en los que está redactada dicha regla. Habrá supuestos en los que es claro que la regla se aplica. Pero se presentarán otros en los que se tenga duda sobre ello. Esto es así, según Hart, porque: “[e]s imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”, y ello puede afectar tanto a la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del [D]erecho, como una ley particular”²⁴⁴. La idea de la textura abierta se presenta tanto en las reglas primarias como en las reglas secundarias, y recuérdese que estas son medios de control social.

Efectivamente, el principal instrumento de control social son las reglas generales. De no ser posible por los miembros del grupo comprender estas reglas no podría existir el Derecho. Por ello es necesario hablar de clases ya sea de personas o bien, de actos, cosas y circunstancias. Para comprender las reglas es necesario comunicarlas a los miembros del grupo. Para ello han sido utilizados dos recursos: la legislación y el precedente. Para explicar sus diferencias, Hart emplea el conocido ejemplo de quitarse el

²⁴¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 15.

²⁴² Ibidem.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ Ídem., p. 153.

sombrero al entrar a la iglesia: (a) un padre le dice a su hijo que todo varón debe quitarse el sombrero al entrar a la iglesia, y (b) otro padre simplemente se quita el sombrero al entrar y dice “mira, esto es lo que debe hacerse”. (b) es un caso de comunicación por ejemplo, análogo dice Hart al uso del precedente, en donde el padre sigue pautas tradicionales, sin pretender introducir nuevas. Este tipo de comunicación deja abiertas posibilidades, es decir, pueden surgir dudas sobre lo que se quiere decir. En cambio, parece que la comunicación por pautas generales “mediante formas generales explícitas del lenguaje”²⁴⁵ es clara y segura.

Hart reseña que la teoría jurídica del siglo XX se ha referido a la distinción entre el precedente (y la falta de certeza en que la comunicación por el ejemplo se traduce) y la legislación (con la certeza de la comunicación por el lenguaje). Este, dice Hart, no es un contraste porque aun en la comunicación por el lenguaje surgen dudas sobre lo que se quiso decir. Así, para Hart: “[e]n todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables [...] Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllos se aplican o no”²⁴⁶. Estos últimos son situaciones de hecho que se presentan ya por la naturaleza ya por la inventiva humana que generan incertidumbre. Hart explica que: “[e]sta indeterminación obedece al hecho de que es imposible elaborar reglas generales que anticipen y provean cada posible combinación de circunstancias que en el futuro se puedan presentar. Para cada regla, a pesar de estar precisamente formulada, siempre habrá algunas situaciones de hecho en que la cuestión es si esas situaciones encuadran en los términos generales de clasificación de la regla, y no se pueda establecer ello apelando a reglas lingüísticas o convenciones, o por cánones de interpretación, o incluso por referencia a manifiestos o asumidos propósitos de la legislatura”²⁴⁷.

Como se acaba de señalar, podría pensarse que la incertidumbre se resolvería a través de los criterios de interpretación. Pero, como advierte Hart: “[l]os cánones de

²⁴⁵ Ídem., p. 157.

²⁴⁶ Ídem., pp. 157 y 158.

²⁴⁷ H.L.A. HART, “Problems of the Philosophy of Law” (1967), en *Id., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 88-119, en especial p. 103 (H.L.A. HART, “Problems of the Philosophy of Law” is reprinted by permission of the publisher from the *Encyclopedia of Philosophy*, Paul Edwards, Editor in Chief, vol. 6, pp. 264-76, 1967 by Macmillan, Inc.).

“interpretación” no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación [...] Los casos claros en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser “automático”, son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios”²⁴⁸. Para resolver la duda, quien sea el que se encargue de ello realizará un acto que no es de otra naturaleza más que una elección entre alternativas. Esto es así, porque no debe perderse de vista que una regla expresada como lo es en lenguaje general sólo puede ser una guía de cierta manera incierta. Por ello, continúa Hart: “[a]quí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silogística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en práctica al determinar cuál es la acción correcta”²⁴⁹. Aquí Hart cita el famoso ejemplo del vehículo en el parque. Ejemplo que le permite afirmar que: “[f]rente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo –y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente- es si el caso se asemeja “en grado suficiente” al caso típico, en aspectos “relevantes”. El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio, de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección”²⁵⁰.

De lo hasta aquí dicho, Hart concluye que: “[c]ualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta”. Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales –tal como el idioma inglés- muestran, cuando se los usa

²⁴⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 158.

²⁴⁹ Ídem., pp. 158 y 159.

²⁵⁰ Ídem., p. 159.

así, una irreductible textura abierta”²⁵¹. Así, según Hart, para aplicar una regla siempre se tendrá que elegir entre alternativas, y debe quedar claro que: “[d]icho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses”²⁵². Cuando se trata de regular un supuesto a través de una regla nos enfrentamos a dos obstáculos. Primero, la relativa ignorancia de los hechos. Y segundo, la relativa indeterminación de propósitos.

En fin, según Hart: “[l]a textura abierta del [D]erecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso”²⁵³. Pero no debe perderse de vista que en la vida del Derecho sí existen reglas determinadas que guían la conducta de funcionarios y ciudadanos. Efectivamente, como se ha señalado, hablando de “la concepción de Hart en torno al Derecho, si bien sostiene la textura abierta del lenguaje jurídico y de sus consecuencias —la discrecionalidad de los jueces en la producción de reglas y la elaboración de [estándares] variables por parte de los cuerpos administrativos— también subraya la función de orientación o guía que el Derecho asume mediante reglas determinadas dirigidas a los funcionarios y a los particulares”²⁵⁴, que no exigen una valoración por caso. Este es un hecho, a pesar de la incertidumbre sobre la aplicación o no de una regla a un caso: “[a]quí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de [estándares] variables”²⁵⁵. Y esta función creadora de reglas no se explica sin la idea de discrecionalidad judicial que, como ya se mencionó, es una de las tesis que identifican a la teoría de Hart. La discrecionalidad judicial se entiende a partir de dos ideas. Primera, la textura abierta. Y segunda, la indeterminación parcial del Derecho, pues conforme a la teoría de Hart no debe perderse de vista que “el juez debe algunas veces salir fuera del [D]erecho y ejercer un poder de creación para llegar a una decisión en los

²⁵¹ Ídem., pp. 159 y 160.

²⁵² Ídem., p. 160.

²⁵³ Ídem., p. 168.

²⁵⁴ J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. 33.

²⁵⁵ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 169.

<casos difíciles>, es decir, casos en los que el [D]erecho existente resulta ser indeterminado”²⁵⁶.

En definitiva, la tesis de la discrecionalidad judicial: “[s]ostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el [D]erecho claramente establecido y, en consecuencia, el [D]erecho es parcialmente indeterminado o incompleto [...] Si el juez ha de llegar por sí mismo a una decisión en tales casos y no inhibir su jurisdicción o (como Bentham defendía) remitir el asunto al Legislativo, debe ejercitar su discrecionalidad y crear [D]erecho para el caso, en lugar de aplicar meramente [D]erecho ya preexistente y establecido, aunque al hacerlo pueda muy bien estar sujeto a muchas cortapisas jurídicas que limitan su elección, de las que una legislatura está perfectamente libre. Así, en tales casos no previstos o no regulados, el juez, simultáneamente crea nuevo [D]erecho, y aplica el [D]erecho establecido, que, al tiempo confiere y limita sus poderes de crear [D]erecho”²⁵⁷ o, lo que es lo mismo, Hart ha insistido “en que en todo sistema jurídico moderno tienen que haber muchas ocasiones en que el Derecho establecido falla en dictar una decisión en cualquier forma, por ello los tribunales tienen que decidir esos casos ejercitando un limitado poder de creación de Derecho “intersticial”, o “discreción””²⁵⁸. Hasta aquí algunos aspectos de la teoría de Hart, así como las tesis que identifican a su variedad de positivismo jurídico. Lo interesante será mostrar a continuación algunas de las objeciones que se han formulado a las propuestas de Hart.

3. El nuevo desafío del positivismo jurídico

R. Dworkin como se sabe formuló algunas críticas al positivismo jurídico en general, y en particular a la teoría de Hart. Si, como ya se señaló, el objeto de esta primera parte de la investigación es mostrar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, creo que es necesario aportar algunos argumentos. A continuación, desarrollaré un primer argumento que dice que la teoría de Hart resistió la crítica de Dworkin. Para ello, trataré de presentar los aspectos

²⁵⁶ H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, cit., p. 7.

²⁵⁷ Ídem., pp. 4 y 5.

²⁵⁸ H.L.A. HART, “Introduction”, a *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 6.

centrales de las objeciones de Dworkin. El autor sostiene que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar la práctica legal fundamentalmente por tres razones. Primero porque a su modo de ver el positivismo se equivoca sobre los criterios para determinar la verdad de las propuestas de ley (3.1.). Segundo porque, en su opinión, jueces y abogados echan mano de estándares que no funcionan como reglas, y que la regla de reconocimiento es incapaz de identificar (3.2.). En tercer lugar, se prestará atención al argumento de que los jueces resuelven los casos en forma distinta a la sostenida por los positivistas, y propone una tesis (3.3.).

En la introducción²⁵⁹ a *Los derechos en serio*, Dworkin afirma que critica una teoría liberal que ha ejercido tal influjo que por ello la denomina “teoría jurídica dominante”. Esta, dice Dworkin, tiene dos partes independientes entre sí. La primera se refiere al Derecho que *es* o, lo que es lo mismo, es una teoría sobre las condiciones para que una propuesta de ley sea válida. Se trata del positivismo jurídico. Este, según Dworkin, sostiene “que la verdad de las proposiciones legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales específicas, y en nada más”²⁶⁰. Y la segunda parte es una teoría sobre lo que el Derecho *debe ser*. Se trata del utilitarismo. Este, para Dworkin, viene a decir que el Derecho debe servir al bienestar general. Estas dos partes de la teoría jurídica dominante, afirma Dworkin, derivan de la obra de J. Bentham. No es, sin embargo, objeto de esta investigación la postura de este último autor ni el utilitarismo. En este apartado, como ya se dijo, prestaré atención a las críticas de Dworkin al positivismo jurídico. Pero conviene precisar que, aunque para Dworkin el positivismo tiene su antecedente en la obra de Bentham, en su opinión: “[l]a versión contemporánea más influyente del positivismo es la que propone H.L.A. Hart, y es la suya la versión que [critica] en [ese] libro”²⁶¹, que no es otro más que *Los derechos en serio*.

En *El modelo de las normas (I)*, que se recoge en esa obra²⁶², Dworkin reitera su propósito de examinar el positivismo jurídico, y en particular la versión de Hart. El positivismo, según Dworkin, está conformado por algunas proposiciones centrales, que

²⁵⁹ R. DWORKIN, “Introducción”, a *Id.*, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 31-42 (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth and Co. Ltd., Londres, 1977).

²⁶⁰ Ídem., p. 31.

²⁶¹ Ídem., p. 34.

²⁶² R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., pp. 61-101 (R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)”, *University of Chicago Law Review*, 1967).

si bien es cierto que no todo autor positivista comparte, sí reflejan la posición que le interesa examinar. El siguiente pasaje es largo, pero creo que conviene reproducirlo pues contiene estas proposiciones o principios claves que servirán a Dworkin como hilo conductor para formular sus críticas. Según Dworkin, el positivismo sostiene que: “a) El [D]erecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su *pedigree* u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias (aquellas que abogados y juristas defienden equivocadamente como reglas de [D]erecho), y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de <normas morales>) que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública [...] b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de <[D]erecho>, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir <aplicando la ley>. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que <ejerza su discreción>, lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente [...] c) Decir que alguien tiene una <obligación jurídica> equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga [...] En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto”²⁶³. Estas son, para Dworkin, las proposiciones centrales que conforman el “armazón” del positivismo jurídico.

Proposiciones que, en opinión de Dworkin, son “erróneas y [...] [por tanto] debían ser abandonadas”²⁶⁴. Hart no está de acuerdo, y como es sabido dedica su obra póstuma²⁶⁵,

²⁶³ Ídem., pp. 65 y 66.

²⁶⁴ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (II)” (1972), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., pp. 102-145, en especial p. 102 (R. DWORKIN, “El modelo de las normas (II)”, *Yale Law Journal*, 1972).

²⁶⁵ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit.

y algún otro escrito²⁶⁶ a refutar esta conclusión de Dworkin. Pero se ha sostenido que, en realidad, en aquel texto póstumo: “[d]os eran las intenciones de Hart. La primera, responder a la crítica de Dworkin a diferentes tesis de su teoría. La segunda era mostrar [en qué medida] Hart debía ajustar o reformular sus tesis [...] [para] superar algunas “confusiones u obscuridades”, que, en principio, el propio Hart reconocía, existían en su trabajo”²⁶⁷. Efectivamente, sobre la primera idea, por ejemplo, Hart afirma que “en [ese] *Post scriptum* [intenta] responder a algunas de las críticas de amplio rango planteadas por Dworkin”²⁶⁸. En fin, como ya se dijo, en lo que sigue desarrollaré un primer argumento que dice que la teoría de Hart resistió la crítica de Dworkin, para mostrar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Argumento que presentaré a partir de la exposición de algunas de las críticas de Dworkin al positivismo jurídico, y las respuestas de Hart. Una de las críticas de Dworkin es que el positivismo jurídico en general, y en particular el positivismo jurídico hartiano se equivocan sobre los criterios para determinar la verdad de las propuestas de ley.

3.1. Positivismo de meros hechos y teoría semántica

Dworkin sostiene que el positivismo jurídico es una teoría sobre el Derecho que *es*. Esta, según Dworkin, viene a decir que la verdad de las propuestas legales consiste en hechos que hacen referencia a las reglas que han sido adoptadas por instituciones sociales. Para Dworkin, el positivismo jurídico en general, y en particular el positivismo jurídico hartiano se equivocan sobre estos criterios para determinar la verdad de las propuestas de ley. Esta es una de las críticas de Dworkin, y el objeto de este subapartado. Dworkin dice que es importante reconocer las diversas formas en que los jueces deciden los casos, así como qué concepto tienen del Derecho, y cuando no están de acuerdo en ello, es importante también saber de qué tipo de desacuerdo se trata.

²⁶⁶ H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, cit., p. 3.

²⁶⁷ R. TAMAYO Y SALMORÁN, “H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica”, “Estudio Preliminar”, a H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. XXX.

²⁶⁸ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 10.

Para saberlo, según Dworkin, es necesario distinguir que en los juicios existen cuestiones de hecho, de Derecho, y aquellas relacionadas con moral y fidelidad políticas. Las primeras cuestiones, las de hecho, son claras. Los jueces pueden o no estar de acuerdo con los “sucesos reales”. Las cuestiones mencionadas en tercer término, esto es, aquellas relacionadas con moral y fidelidad políticas, también son claras. Los jueces pueden o no estar de acuerdo sobre lo que es correcto o incorrecto moralmente. El problema está en las cuestiones de Derecho ya que, en palabras de Dworkin: “[a]bogados y jueces parecen estar con frecuencia en desacuerdo sobre el [D]erecho que gobierna un caso”²⁶⁹. Si esto es así, Dworkin se pregunta sobre qué no están de acuerdo abogados y jueces. Para responder propone que entendamos por “propuestas de ley”, aquellas declaraciones sobre lo que la ley permite, prohíbe o autoriza. Estas propuestas pueden ser generales o no, y pueden ser también verdaderas o falsas. La verdad o falsedad depende de otras propuestas que Dworkin llama la “base” de la ley. Dicho lo anterior, para Dworkin: “[p]odemos distinguir dos tipos de desacuerdo que podría existir entre abogados y jueces acerca de una propuesta de ley. Pueden estar de acuerdo sobre el fundamento del [D]erecho (sobre cuando la verdad o falsedad de otras propuestas más conocidas hacen que una propuesta de ley en particular sea verdadera o falsa), pero no sobre el hecho de si estos fundamentos se ven satisfechos en algún caso en particular”²⁷⁰. Este es un desacuerdo teórico sobre el Derecho.

Un desacuerdo empírico sobre el Derecho se refiere a qué son las palabras en la ley, pero, para Dworkin, el desacuerdo entre abogados y jueces es uno teórico, es decir, disienten sobre qué es el Derecho. Sobre dicho desacuerdo, Dworkin se sorprende de que la jurisprudencia americana no tenga una teoría plausible. Esto no quiere decir, sin embargo, que los filósofos no se hayan ocupado de él, pero cuando lo han hecho dicen que se trata de una “ilusión”, esto es, afirman que abogados y jueces sí están de acuerdo sobre los fundamentos del Derecho. A esta postura, Dworkin le llama el punto de vista “evidente” de los fundamentos del Derecho. Postura según la cual, dice Dworkin: “[e]l [D]erecho es sólo aquello que las instituciones legales, tales como legislaturas, consejos municipales y cortes, han decidido en el pasado”²⁷¹ o, dicho de otra forma: “[e]l [D]erecho

²⁶⁹ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia: De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1992, p. 17 (R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986).

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ídem., p. 19.

existe como un hecho evidente [...] y lo que es el [D]erecho de ninguna forma depende de lo que debería ser”²⁷². Dworkin se pregunta por qué, entonces, abogados y jueces tienen un desacuerdo teórico, y responde: “[p]orque cuando parecen disentir en forma teórica sobre lo que es el [D]erecho, en realidad disienten sobre lo que debería ser”²⁷³. Es decir, el desacuerdo no es sobre cuestiones de Derecho, sino sobre cuestiones de moral y fidelidad políticas. En suma, para Dworkin, el punto de vista del hecho evidente viene a decir “que el [D]erecho es siempre una cuestión de hecho histórico y nunca depende de la moralidad”²⁷⁴. Ya se dijo que, para Dworkin, la jurisprudencia americana no contiene una teoría plausible que explique el desacuerdo teórico, y por ello Dworkin propone una propia. Me refiero al “Derecho como integridad”. Dworkin afirma que: “[ese] libro [*Law’s Empire*] trata sobre el desacuerdo teórico en [D]erecho. Su objetivo es comprender qué tipo de desacuerdo es y luego interpretar y defender una teoría en particular sobre los fundamentos apropiados del [D]erecho”²⁷⁵. Al “Derecho como integridad” me referiré más adelante, aquí conviene avanzar sobre la crítica de Dworkin.

Conviene insistir en que, para Dworkin, el punto de vista del hecho evidente “sostiene que el [D]erecho sólo depende de hechos históricos evidentes, que el único desacuerdo sensato sobre el [D]erecho es un desacuerdo empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales, que aquello que [...] [se denomina] desacuerdo teórico es ilusorio y mejor entendido como un argumento no sobre el [D]erecho sino sobre lo que éste debería ser”²⁷⁶. Dworkin dice que es necesario plantear un desafío al punto de vista del hecho evidente, y cuestionarle por qué sostiene que el desacuerdo teórico es una ilusión. Algunos, señala Dworkin, han respondido a esta cuestión afirmando “que el desacuerdo teórico sobre los fundamentos del [D]erecho debe de ser una pretensión porque el significado mismo de la palabra “[D]erecho” hace que el [D]erecho dependa de ciertos criterios específicos y que cualquier abogado que rechazara o desafiara dichos criterios estaría diciendo una contradicción sin sentido”²⁷⁷. Dworkin reseña que se ha sostenido que seguimos reglas para utilizar palabras. Reglas que proporcionan criterios

²⁷² Ibidem.

²⁷³ Ibidem.

²⁷⁴ Ídem., p. 20.

²⁷⁵ Ídem., p. 22.

²⁷⁶ Ídem., p. 35.

²⁷⁷ Ibidem.

para saber el significado de las palabras. Las reglas para utilizar la palabra “Derecho” se refieren a un hecho histórico evidente.

Efectivamente, para Dworkin: “[t]odos usamos los mismos criterios objetivos al concebir, aceptar y rechazar declaraciones sobre qué es el [D]erecho, pero no sabemos de qué criterios se trata. Los filósofos del [D]erecho deben elucidarlos por nosotros a través de un estudio profundo sobre cómo hablamos. Pueden disentir entre sí, pero eso solo no deja ninguna duda sobre su suposición común, y es que todos compartimos un conjunto de normas sobre cómo debe ser utilizado el “[D]erecho””²⁷⁸. Así, se han elaborado teorías que sostienen que todos seguimos principios lingüísticos para juzgar propuestas de ley. Estas son, para Dworkin, las teorías semánticas del Derecho, que vienen a decir que abogados y jueces usan los mismos criterios para determinar la verdad de las propuestas de ley o, lo que es lo mismo, existe un acuerdo sobre los fundamentos del Derecho. La diferencia entre estas teorías, sin embargo, es de qué criterio se trata. En palabras de Dworkin: “[l]as teorías semánticas más influyentes sostienen que los criterios compartidos hacen que la verdad de las propuestas de ley se vuelque en algunos hechos históricos. Estas teorías positivistas, tal como las denominan, difieren una de otra sobre qué hechos históricos son cruciales y dos versiones han tenido particular importancia en la jurisprudencia inglesa”²⁷⁹. Dworkin se refiere a las teorías de Austin y Hart. Para Austin, dice Dworkin, “una propuesta de ley es verdadera dentro de una sociedad política en particular si registra en forma correcta una orden del pasado de alguna persona o grupo que haya ocupado la posición de soberano de dicha sociedad”²⁸⁰. La idea central es que el Derecho es una cuestión de decisiones históricas. Sin embargo, de acuerdo con Dworkin: “[l]a nueva exposición más importante y fundamental de dicha idea es el libro de H.L.A. Hart, *The Concept of Law*”²⁸¹. En esa obra, para Hart, según Dworkin, “los verdaderos fundamentos del [D]erecho yacen en la aceptación de la comunidad de una regla principal fundamental (él la denominó “regla de reconocimiento”) que asigna a personas o grupos en particular la autoridad para hacer la ley. De modo que las propuestas de ley son verdaderas no sólo en virtud de las órdenes de las personas que por lo general son obedecidas, sino en virtud de convenciones sociales que representan la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a dichas personas o grupos crear

²⁷⁸ Ídem., pp. 35 y 36.

²⁷⁹ Ídem., p. 36.

²⁸⁰ Ibidem.

²⁸¹ Ídem., p. 37.

leyes válidas”²⁸². En suma, según Dworkin, la idea central de Hart es que “la verdad de las propuestas de ley depende de forma substancial de las normas convencionales de reconocimiento del [D]erecho”²⁸³. Las teorías de Austin y Hart no son, para Dworkin, las únicas que podemos considerar semánticas, pues lo son también las escuelas del Derecho natural y del realismo jurídico. No es, sin embargo, necesario detenerme en ellas, en cambio, me referiré al positivismo jurídico.

Este, según Dworkin, “es una teoría semántica que apoya el punto de vista del hecho evidente y el postulado de que el argumento genuino sobre el [D]erecho debe ser empírico en lugar de teórico”²⁸⁴. Para el positivismo, el desacuerdo teórico es una ilusión y, de esta forma, en opinión de Dworkin, padece de lo que denomina el “aguijón semántico”. La crítica de Dworkin al positivismo jurídico en general, y en particular al positivismo jurídico hartiano es que se trata de positivismos de “meros hechos” y teorías semánticas. Hart no está de acuerdo. A su respuesta me referiré más adelante, aquí conviene avanzar algunos aspectos de la teoría que Dworkin propone a manera de superación de las posturas semánticas²⁸⁵. Me refiero, como ya señalé, al “Derecho como integridad”. Creo que está justificado detenerme en esta teoría. Primero, porque Hart se ocupa de ella en su respuesta a la crítica de Dworkin. Y segundo, pues en el capítulo sexto sostendré que es un ejemplo de aquellas teorías que afirman la tesis de la determinación radical del Derecho y, por ello, insisto en que conviene avanzarla aquí.

Ya se dijo que, para Dworkin, la jurisprudencia americana no contiene una teoría plausible, incluidas las semánticas, que explique el desacuerdo teórico, y por ello cree necesario proponer una propia. Efectivamente, dice Dworkin, “revisamos teorías o filosofías clásicas de [D]erecho y [declara] que, interpretadas en la forma usual, estas teorías no son de gran ayuda porque se encuentran paralizadas por el aguijón semántico. Ahora podemos preguntar qué tipo de teorías filosóficas serían de utilidad para aquellas personas que adoptan la actitud interpretativa que [ha] descrito con respecto a una tradición social”²⁸⁶. Sobre esta actitud interpretativa quizás lo primero que convenga señalar es que la tesis de Dworkin viene a decir que “el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro [D]erecho consiste en la mejor justificación

²⁸² Ibidem.

²⁸³ Ídem., pp. 37 y 38.

²⁸⁴ Ídem., p. 39.

²⁸⁵ En contra, véase A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho*, cit., p. 21.

²⁸⁶ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, cit., p. 59.

de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser”²⁸⁷. Para demostrar esta tesis, Dworkin inicia *Law’s Empire*²⁸⁸ preguntándose por qué importa cuestionarse ¿qué es el Derecho? y responde que: “[i]mporta la forma en que los jueces deciden los casos”²⁸⁹. A partir de aquí, Dworkin desarrolla las ideas ya expuestas sobre el punto de vista del hecho evidente, así como su postura al respecto de las teorías semánticas. Por ello conviene avanzar sobre la ya referida actitud interpretativa.

Según Dworkin: “[i]nterpretar una práctica social es sólo una forma u ocasión de interpretación”²⁹⁰. La forma más sencilla de interpretación es la conversación. Otras formas son la interpretación científica y la artística. Esta última se asemeja a la interpretación de una práctica social en que se refieren a algo creado por personas. Algo que es distinto de sus creadores. Este es un tipo de interpretación que se ocupa de propósitos, pues busca descifrar las intenciones o propósitos de los autores. Pero, para Dworkin, los propósitos a descifrar no son los del autor sino los del intérprete. Por esta razón le denomina “interpretación constructiva”. De este modo, dice Dworkin: “[l]a interpretación constructiva es una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual pertenece”²⁹¹. Estamos hablando de una interpretación constructiva sobre una práctica social como lo es el Derecho. Esta interpretación, para Dworkin, tiene tres etapas. La primera es una etapa “preinterpretativa”. En esta se identifican reglas que determinan el contenido de la práctica. La segunda etapa es “interpretativa”. En ella el intérprete justifica los elementos de la práctica identificada en la etapa anterior. Y la tercera es una etapa “posinterpretativa” o “reformadora”, en la cual se determina qué necesita la práctica para adecuarse a la justificación formulada en la etapa interpretativa.

En suma, según Dworkin: “[e]l [D]erecho es un concepto interpretativo”²⁹² que, en su opinión, las teorías semánticas son incapaces de explicar, porque además de lo ya dicho, de acuerdo con Dworkin: “[l]os filósofos del [D]erecho se hallan en la misma situación que los filósofos de la justicia y el filósofo de la cortesía [...] No pueden

²⁸⁷ Ídem., p. 11.

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ Ídem., p. 15.

²⁹⁰ Ídem., p. 47.

²⁹¹ Ídem., p. 48.

²⁹² Ídem., p. 72.

producir teorías semánticas útiles de [D]erecho. No pueden exponer criterios comunes o las reglas que siguen los abogados para colocar etiquetas legales a los hechos, porque dichas reglas no existen. Las teorías generales de [D]erecho, al igual que las teorías legales de cortesía y de justicia, deben ser abstractas porque su [objeto] es interpretar el objetivo principal y la estructura de la práctica legal, y no una parte en particular o uno de sus departamentos. Son interpretaciones constructivas debido a su grado de abstracción: tratan de mostrar la práctica legal en su mejor aspecto, para lograr el equilibrio entre la práctica legal tal como ellos la encuentran y la mejor justificación de dicha práctica. De modo que ninguna línea firme divide la jurisprudencia de la adjudicación o de cualquier otro aspecto de la práctica legal”²⁹³. La comprensión de la Teoría del Derecho que propone Dworkin responde a la pregunta ¿cómo deciden los jueces? Se trata de una teoría de la adjudicación²⁹⁴, que Dworkin califica de “liberal”²⁹⁵. En sus palabras: “[l]a jurisprudencia es la parte general de la adjudicación, prólogo silencioso a cualquier decisión de [D]erecho”²⁹⁶. Esta teoría es descriptiva y prescriptiva²⁹⁷. De este modo, señala Dworkin, “una teoría general del [D]erecho tendrá múltiples conexiones con otros dominios de la [F]ilosofía. La teoría normativa vendrá incorporada en una filosofía moral y política más general, que a su vez puede depender de teorías filosóficas que hagan referencia a la naturaleza humana o a la objetividad de la moralidad. La parte conceptual se inspirará en la filosofía del lenguaje y, por ende, en la lógica y en la metafísica”²⁹⁸.

Sobre el aspecto descriptivo de la teoría, Dworkin advierte que es necesario que la comunidad posea un acuerdo inicial sobre la práctica legal. Este es un acuerdo “preinterpretativo”, al que contribuyen ciertos paradigmas compartidos. Así, los intérpretes requieren lo que Dworkin llama “una declaración del concepto central de su institución” que, para el caso del Derecho, Dworkin sugiere “que nuestras discusiones sobre [D]erecho asuman que el sentido más abstracto y fundamental de la práctica legal es guiar y restringir el poder del gobierno de la siguiente manera. La ley insiste en que no se utilice la fuerza sin importar lo útil que sería para los fines en vista, sin importar lo

²⁹³ Ídem., p. 74.

²⁹⁴ B.H. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, cit., p. 2; y A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho*, cit., p. 55.

²⁹⁵ R. DWORKIN, “Introducción”, a *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., p. 31.

²⁹⁶ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, cit., p. 74.

²⁹⁷ A. CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, “Prólogo” (1984), a R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 7-29, en especial pp. 16 y 26.

²⁹⁸ R. DWORKIN, “Introducción”, a *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., p. 33.

nobles o beneficiosos que sean estos fines, excepto cuando lo permiten o requieren los derechos y responsabilidades individuales provenientes de decisiones políticas anteriores sobre cuándo se justifica la fuerza colectiva”²⁹⁹. Según Dworkin, tres concepciones han tratado de explicar este “concepto” de Derecho. Recuértese que, para Dworkin: “[u]na concepción del [D]erecho es una interpretación general, abstracta de la práctica legal en su totalidad. Ofrece mostrar la práctica desde su mejor perspectiva, desarrollar algún argumento acerca de la razón por la que el [D]erecho, basado en dicha concepción, proporciona una justificación adecuada para la coerción”³⁰⁰. Estas concepciones son el “convencionalismo”, el “pragmatismo legal”, y el “Derecho como integridad”. A diferencia de las semánticas, se trata de teorías interpretativas que, dice Dworkin, “por naturaleza, están dirigidas a una cultura legal en particular, por lo general la cultura a la cual pertenecen sus autores”³⁰¹.

El convencionalismo, según Dworkin, es una concepción que “explica cómo puede hacerse explícito e indiscutible el contenido de decisiones políticas del pasado. Hace que el [D]erecho dependa de las distintas convenciones sociales que designa como convenciones legales; en particular, de las convenciones sobre cuáles instituciones deberían tener el poder de hacer la ley y en qué forma. El convencionalismo insiste en que toda comunidad política compleja posee dichas convenciones”³⁰². La práctica legal se reduce a respetar estas convenciones como ley. Para el convencionalismo, por otra parte, advierte Dworkin, no siempre existe una ley. De hecho, esta nunca es del todo completa. Porque no se pueden prever de antemano todos los casos. En estos, además, las partes no tienen derecho alguno a ganar. Porque sin convención no hay derechos. Para decidir estos casos, según el convencionalismo, el juez goza de discreción y crea Derecho. Hasta aquí, señala Dworkin, son claras las semejanzas entre el convencionalismo y el positivismo jurídico. Pero existe una diferencia. En palabras de Dworkin: “[l]as teorías semánticas sostienen que el mismo vocabulario de [D]erecho ejecuta y hace cumplir la descripción que acabamos de dar, de modo que sería una especie de autocontradicción que alguien sostuviera que la ley provee derechos más allá de aquellos establecidos a través de mecanismos sancionados por convención. Por el contrario, la concepción convencionalista del [D]erecho es interpretativa: no hace ningún reclamo lingüístico o

²⁹⁹ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, cit., p. 76.

³⁰⁰ Ídem., p. 107.

³⁰¹ Ídem., p. 82.

³⁰² Ídem., p. 90.

lógico de este tipo”³⁰³. El convencionalismo, en la “etapa posinterpretativa” postula, por una parte, que los jueces deben respetar las convenciones y, por otra, que no hay más ley que aquella derivada de convenciones y que, por tanto, habrá casos para los que no se cuente con ley alguna. Casos en los cuales, conviene repetirlo, el juez ejerce discreción y crea Derecho. No creo, sin embargo, que sea necesario reproducir aquí la opinión de Dworkin sobre el “atractivo” de esta concepción o bien, sobre la existencia o no de las convenciones sobre las que se construye o, en fin, sobre sus tipos (“estricto” y “moderado”), sino que es posible continuar con la exposición de otra concepción del Derecho. Me refiero al pragmatismo legal.

Esta concepción, según Dworkin, viene a decir que “la gente nunca tiene derecho a nada que no sea la decisión judicial, es decir, tomando todo en cuenta, la mejor decisión para toda la comunidad, sin respetar ninguna decisión política anterior”³⁰⁴. El pragmatismo asume una postura escéptica. Porque niega que decisiones pasadas justifiquen el poder coercitivo del Estado. Este debe ejercerse, dice el pragmatismo, mediante una justificación que se encuentra en la justicia, la eficiencia o en otra virtud contemporánea. Esta concepción, señala Dworkin, no debe confundirse con el realismo jurídico que, como ya se dijo, es una teoría semántica y, en cambio, el pragmatismo es una concepción interpretativa del Derecho. Dworkin sostiene que: “[e]l pragmatismo es una concepción escéptica del [D]erecho porque rechaza los derechos legales genuinos y no estratégicos. No rechaza la moralidad ni los derechos políticos o morales. Sostiene que los jueces deberían seguir cualquier método para decidir los casos que produzca lo que ellos creen es lo mejor para la comunidad para el futuro, a pesar de que algunos abogados pragmáticos pensarían que esto se refiere a una comunidad más rica, feliz o poderosa y otros elegirían una comunidad con menos incidentes o menos injusticias, con una mejor tradición cultural y lo que se denomina una calidad de vida más alta. El pragmatismo no descarta cualquier teoría sobre qué hace que una comunidad sea mejor. Sin embargo, no toma los derechos legales en serio”³⁰⁵. El pragmatismo, como ya se dijo, no es la única concepción del Derecho para Dworkin, pues lo es también el “Derecho como integridad”.

Existen ciertos ideales políticos. Por ejemplo, el de una estructura política justa o bien, una distribución de recursos y oportunidades también justa y, en fin, un proceso

³⁰³ Ídem., p. 91.

³⁰⁴ Ídem., p. 112.

³⁰⁵ Ídem., p. 121.

equitativo. Dworkin llama a estos ideales las “virtudes de equidad, justicia y debido proceso”. Dworkin explica que: “[e]quidad en política significa hallar los procedimientos políticos (métodos para elegir funcionarios y hacer que sus decisiones sean responsables para el electorado) que distribuyen el poder político de la forma adecuada [...] Por otra parte, la justicia se preocupa por las decisiones que las instituciones políticas permanentes, hayan o no sido elegidas justamente, deben tomar. Si aceptamos la justicia como una virtud política queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles como para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral. El debido proceso se refiere a los procedimientos correctos para juzgar si un ciudadano ha violado las leyes establecidas por procedimientos políticos; si lo aceptamos como virtud, queremos que las cortes e instituciones similares utilicen procedimientos de evidencia, descubrimiento y revisión que prometan el nivel adecuado de exactitud y traten a las personas acusadas de violación como se debe tratar a las personas en dicha posición”³⁰⁶. Entre estas virtudes se encuentra una crucial en la teoría de Dworkin. Se trata de la “virtud de la integridad política”.

Esta se divide en dos principios. Primero, el de integridad en la legislación, que busca la coherencia de la ley. Y segundo, el principio de integridad en la adjudicación, que pide la coherencia en el entendimiento y aplicación de la ley. Este último principio es el punto de partida de la concepción del Derecho que defiende Dworkin. Esta, como se ha insistido, es el “Derecho como integridad”. La integridad como virtud política, dice Dworkin, “es la clave de la mejor interpretación constructiva de nuestras prácticas de [D]erecho y en particular de la forma en que los jueces deciden los casos legales difíciles”³⁰⁷. La tesis de Dworkin es que el “Derecho como integridad” es una mejor interpretación de la práctica legal frente al convencionalismo y al pragmatismo legal. Como se acaba de decir, para Dworkin, la integridad se divide en dos principios, esto es, en la legislación y en la adjudicación. En sus palabras: “[l]a primera restringe lo que nuestros legisladores y otras personas encargadas de hacer la ley pueden hacer correctamente al extender o cambiar nuestras normas públicas. La segunda requiere que nuestros jueces, en tanto esto sea posible, traten nuestro actual sistema de normas públicas como si respetara y expresara un grupo coherente de principios y, con ese fin, que interpreten estas normas para hallar normas implícitas entre y debajo de las explícitas”³⁰⁸.

³⁰⁶ Ídem., p. 124.

³⁰⁷ Ídem., p. 158.

³⁰⁸ Ídem., p. 159.

Ya señalé que, a partir de este último principio, Dworkin elabora su teoría del “Derecho como integridad”. El principio de integridad en la adjudicación pide a los jueces, dice Dworkin, “que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad”³⁰⁹. Esta, para Dworkin, es una tesis respecto de los fundamentos del Derecho. De este modo, afirma Dworkin: “[s]egún el [D]erecho como integridad, las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso, que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”³¹⁰. Dworkin termina por decir que la única concepción del Derecho interpretativa es, en realidad, el “Derecho como integridad”. De aquí la importancia de lo expuesto sobre el tema de la interpretación. Dicho esto, Dworkin propone su idea de la “novela en cadena”, y su relación con la manera en que los jueces deciden los casos difíciles según el “Derecho como integridad”. No es necesario, sin embargo, reproducirla aquí, sino únicamente apuntar que, según Dworkin: “[e]l [D]erecho como integridad requiere que un juez que decide un caso de [D]erecho consuetudinario [...] se considere como un autor en la cadena del [D]erecho consuetudinario. Sabe que otros jueces han decidido casos que, a pesar de no ser iguales al suyo, tratan sobre problemas parecidos; debe considerar sus decisiones como parte de una larga historia que debe interpretar y luego continuar, según su propio juicio acerca de cómo hacer de la historia en desarrollo lo mejor posible”³¹¹. Para ejemplificar esta idea, Dworkin emplea la conocida figura del juez Hércules. Dworkin explica un caso en el que Hércules tiene que resolver sobre la procedencia o no de una indemnización por daños morales. No creo que convenga detenerme en ello, pero sí señalar que, para Dworkin: “[e]l [D]erecho como integridad requiere que los jueces asuman, hasta donde sea posible, que el [D]erecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia, equidad y debido proceso y que los hagan cumplir en los nuevos casos que se les presenten, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa según las mismas normas. Ese estilo de adjudicación respeta la ambición que supone la integridad, la ambición de ser una comunidad de principio”³¹² o, lo que es lo mismo: “[l]os jueces que aceptan el ideal

³⁰⁹ Ídem., p. 164.

³¹⁰ Ídem.

³¹¹ Ídem., p. 173.

³¹² Ídem., pp. 175 y 176.

interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad”³¹³.

Señalé que la comprensión de la Teoría del Derecho que propone Dworkin es una que responde a la pregunta ¿cómo deciden los jueces? y no, en cambio, ¿qué es Derecho? Se trata de una teoría de la adjudicación. El “Derecho como integridad”, sin embargo, sí proporciona un concepto de Derecho. Efectivamente, para Dworkin: “[n]uestro concepto del [D]erecho une el [D]erecho a la actual justificación de fuerza coercitiva y así, une el [D]erecho a la adjudicación: el [D]erecho es una cuestión de derechos defendibles en una corte”³¹⁴. Es claro que este concepto de Derecho está relacionado con la idea de que la teoría que defiende Dworkin es una de adjudicación. El siguiente pasaje es largo, pero creo que conviene reproducirlo a fin de reiterar esta idea, y mostrar cómo defiende su concepción del Derecho. Según Dworkin: “[e]l [D]erecho es un concepto interpretativo. Los jueces deberían decidir qué es el [D]erecho al interpretar la práctica de otros jueces cuando deciden qué es el [D]erecho. Las teorías generales del [D]erecho son, para nosotros, interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial. Rechazamos el convencionalismo, que halla la mejor interpretación en la idea de que los jueces descubren y ponen en vigor convenciones legales especiales, y el pragmatismo, que la encuentra en la historia diferente de los jueces como arquitectos independientes del mejor futuro, libres de la demanda inhibitoria de que deben actuar en forma coherente en principio unos con otros. [Destacó] la tercera concepción, el [D]erecho como integridad, que une la jurisprudencia y la adjudicación. Hace que el contenido del [D]erecho no dependa de convenciones especiales o cruzadas independientes sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la misma práctica legal que ha comenzado a interpretar”³¹⁵.

Hasta aquí el “Derecho como integridad”, que recuérdese fue formulado por Dworkin a manera de superación de las teorías que, en su opinión, sostienen el punto de vista del hecho evidente y que son, a su vez, semánticas. Una de ellas, no debe perderse de vista, para Dworkin, es el positivismo jurídico en general, y en particular el positivismo jurídico hartiano. Esta es, como ya se dijo, una de las críticas de Dworkin y el objeto del presente subapartado. Señalé que Hart no está de acuerdo con esta crítica. A su respuesta

³¹³ Ídem., pp. 183 y 184.

³¹⁴ Ídem., p. 281.

³¹⁵ Ídem., pp. 287 y 288.

me referiré a continuación. Hart comienza por recordarnos que en *The Concept of Law*³¹⁶ propone una teoría sobre lo que el Derecho es. Una teoría que reitera³¹⁷ es general y descriptiva. Esta comprensión de la Teoría del Derecho, dice Hart, es diferente a la propuesta por Dworkin, “en parte, evaluativa y justificativa y “dirigida a una cultura jurídica particular”, la cual es, usualmente, la del propio teórico y, en el caso de Dworkin, ésta es la del [D]erecho angloamericano”³¹⁸. Dworkin, señala Hart, distingue como se vio entre teorías semánticas y teorías interpretativas del Derecho. Estas últimas, para Dworkin, como ya se dijo son el convencionalismo, el pragmatismo legal y el “Derecho como integridad”. Sobre ellas, dice Hart, hablando de Dworkin: “[t]odo lo que escribe sobre estos tres tipos de teorías es de gran interés e importancia como contribución a una jurisprudencia evaluativa/justificativa y no [le] concierne discutir su elaboración de estas ideas *interpretativas*, salvo en cuanto sostiene que la teoría jurídica positivista, como la presentada en [ese] libro [*The Concept of Law*] puede ser iluminadamente replanteada como una teoría *interpretativa*. Esta última afirmación es, a [su] parecer, equivocada y más adelante [dará sus] razones para objetar cualquier versión *interpretativa* de [su] teoría”³¹⁹.

La crítica de Dworkin, reseña Hart, es el rechazo de una teoría descriptiva. La teoría tiene que tomar un punto de vista interno al Derecho, y sin este punto de vista ninguna teoría sería adecuada, pues el teórico se ubica en el punto de vista externo. La respuesta de Hart es que “no hay nada en el proyecto de una jurisprudencia descriptiva como la ejemplificada en [su] libro [*The Concept of Law*] que impida a un observador externo, no participante, describir las formas en las cuales los participantes ven el [D]erecho desde ese punto de vista interno. Por ello, [explicó] en [ese] libro con alguna extensión, que los participantes manifiestan su punto de vista interno al aceptar el [D]erecho en tanto este les proporciona guías de conducta y estándares de crítica. Por supuesto, un teórico jurídico descriptivo, como tal, no comparte la aceptación del [D]erecho de los participantes; pero puede, y debe, describir tal aceptación; tal y como efectivamente [se] lo [propuso] en [ese] libro”³²⁰. En este punto, creo que el debate es sobre la comprensión de la Teoría del Derecho. Hart propone una teoría descriptiva.

³¹⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

³¹⁷ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 11.

³¹⁸ Ídem., p. 13.

³¹⁹ Ídem., p. 14.

³²⁰ Ídem., p. 15.

Dworkin una teoría sí descriptiva, pero también prescriptiva, y a decir de Hart, Dworkin sostiene que una teoría que fuera únicamente descriptiva sería insuficiente para explicar el Derecho. La respuesta de Hart, dicho brevemente, es que: “[l]a descripción puede mantenerse descripción, aun cuando lo que se describa sea una evaluación”³²¹. Esta, sin embargo, no es la única crítica de Dworkin.

Efectivamente, como ya se dijo, para Dworkin el positivismo jurídico en general, y en particular el positivismo jurídico hartiano se equivocan sobre los criterios para determinar la verdad de las propuestas de ley. Dworkin, dice Hart, encuentra varios errores en su versión de positivismo jurídico. Entre ellos, la idea de que la verdad de las propuestas de ley, esto es, aquellas que, por ejemplo, describen derechos y deberes jurídicos, depende de hechos históricos. De este punto de vista, continúa Hart, se sigue que el único desacuerdo sobre cuestiones de Derecho es aquel que se refiere a la existencia de tales hechos históricos, sin que exista posibilidad alguna de un desacuerdo teórico sobre los fundamentos del Derecho. Dworkin, reseña Hart, “dedica muchas páginas iluminantes de su crítica al positivismo jurídico para mostrar que los desacuerdos teóricos sobre lo que constituye los fundamentos del [D]erecho son, contrariamente a la posición positivista, un rasgo relevante de la práctica jurídica angloamericana. Contra la idea de que éstos son incontrovertiblemente fijados por reglas lingüísticas compartidas por abogados y jueces, Dworkin sostiene que son esencialmente controvertibles, puesto que entre ellos no sólo hay hechos históricos sino, muy frecuentemente, juicios morales y juicios de valor controvertibles”³²² o, lo que es lo mismo, el trabajo de Dworkin, sostiene Hart, “está marcado por una nueva forma de la vieja teoría de que hay vitales conexiones conceptuales entre Derecho y principios de justicia que justifican al Derecho, que, debe decirse, el positivismo ha estado ciego y ha cegado a sus víctimas”³²³.

Dworkin, dice Hart, explica que los positivistas adoptan esta concepción, porque si para ellos los fundamentos del Derecho fueran controvertibles, la palabra “Derecho” significaría diferentes cosas. Para Dworkin esta idea es equivocada, ya que está afectada por un “aguijón semántico”. Recuérdesse que, en efecto, como señalé, para Dworkin el

³²¹ Ídem., p. 18.

³²² Ídem., p. 19.

³²³ H.L.A. HART, “1776-1776: Law in the Perspective of Philosophy” (1976), en *Id., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 145-158, en especial p. 148 (H.L.A. HART, “1776-1776: Law in the Perspective of Philosophy”, is reprinted by permission from 1776-1776, 51 *New York Law Review* 538 (1976)).

positivismo jurídico sostiene el punto de vista del hecho evidente y es, a la vez, una teoría semántica. Hart responde que: “[a]unque en el primer capítulo de *Law’s Empire* [está] clasificado, con Austin, como un teórico semántico, que [deriva] del significado de la palabra “[D]erecho” una teoría positivista de meros hechos, padeciendo del mal semántico; sin embargo, nada en [su] libro [*The Concept of Law*] o en ningún otro lugar en que [él] haya escrito, respalda tal explicación de [su] teoría”³²⁴. Hart, por tanto, niega que su positivismo sea uno de “meros hechos” o bien, que se trate de una teoría semántica³²⁵. Creo, sin embargo, que esta negación no es suficiente para responder a la crítica de Dworkin. Pero como se verá, Hart retoma este punto cuando dé contestación a la idea de que el Derecho no es sólo un modelo de reglas y, en concreto, al respecto de la incapacidad de la regla de reconocimiento para identificar estándares que no funcionan como reglas.

3.2.El Derecho no es sólo un modelo de reglas

Como se vio, para Dworkin, el positivismo está conformado por algunas proposiciones centrales que, si bien es cierto que no todo autor positivista comparte, no lo es menos que sí reflejan la posición que le interesa examinar. Para el positivismo, según Dworkin, el Derecho de una sociedad es un conjunto de reglas usadas para determinar qué comportamientos serán sometidos a coerción. Estas reglas pueden ser identificadas por criterios que no se relacionan con su contenido sino con su *pedigree*. El conjunto de estas reglas agota el concepto de Derecho. Dworkin no está de acuerdo con estas ideas que, según él, defienden el positivismo jurídico en general, y en particular el positivismo jurídico hartiano.

Este último, dice Dworkin, es más complejo que la versión de Austin. Esto es así por dos razones. Primera, porque para Hart, a diferencia de Austin, “las normas son de diferentes géneros lógicos”³²⁶. Efectivamente, como se vio Hart distingue entre reglas primarias y reglas secundarias. Y segunda, pues Hart rechaza la idea de Austin de que las reglas son mandatos, “y la sustituye por un análisis general más elaborado de la naturaleza

³²⁴ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 20.

³²⁵ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., p. 288.

³²⁶ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., p. 68.

de las normas”³²⁷. A pesar de esta mayor complejidad de la teoría de Hart sobre la de Austin, Dworkin propone examinar el positivismo jurídico en general, y en particular el positivismo jurídico hartiano.

Para Dworkin, “cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”³²⁸. La crítica de Dworkin es que para el positivismo jurídico el Derecho es un modelo de reglas y que, por tanto, no toma en cuenta aquellos estándares que no lo son. Estos estándares son, para Dworkin, como se acaba de decir, principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Dworkin, sin embargo, advierte que usará el término “principio” para referirse al conjunto de estándares que no son reglas. Aunque precisa también que, por una parte, en ocasiones sí distinguirá entre principios y directrices políticas y, por otra, que si bien es cierto que no hay algo en su argumentación que dependa de dicha distinción, no lo es menos que sí conviene enunciarla. En palabras de Dworkin, llama “<directriz> o <directriz política> al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad [...] [Llama] <principio> a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”³²⁹. Lo interesante, sin embargo, es cuestionarnos qué naturaleza tienen estos principios. Se ha sostenido, por ejemplo, que: “[l]os principios de Dworkin son, en realidad, todos los principios morales; no de cualquier moral, sino los de una moral objetiva y esclarecida que se supone coherente con el sistema jurídico”³³⁰ o bien, que: “[e]n cualquier caso, parece relativamente claro que Dworkin realiza un intento por demostrar la inevitable integración en el concepto de [D]erecho de principios (morales) que no son estrictas normas jurídicas y por convencer de que esos principios de alguna manera expresan una cierta <moralidad objetiva>, indudablemente determinada –aunque pueda parecer una

³²⁷ Ibidem.

³²⁸ Ídem., p. 72.

³²⁹ Ibidem.

³³⁰ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 242.

paradoja- por un contexto histórico”³³¹. Creo que no es este el lugar para detenernos en la objetividad moral de los principios en la teoría de Dworkin o bien, en su función ya que, por ejemplo, se ha dicho que: “[e]l problema que plantea la teoría de Dworkin es que los principios pueden ser entendidos y aplicados no sólo como un medio para evitar la arbitrariedad judicial, sino también como un medio para la defensa de los valores e intereses de unas determinadas fuerzas sociales minoritarias, porque no hay un control sobre la universalidad o generalidad de dichos principios”³³². Conviene, en cambio, seguir la exposición de Dworkin sobre las diferencias entre reglas y principios.

Una de las diferencias entre reglas y principios es una distinción lógica. Si bien es cierto que ambos estándares se dirigen a decisiones particulares, no lo es menos que la orientación que proporcionan es diferente. Efectivamente, según Dworkin, las reglas “son aplicables a la manera de disyuntivas”³³³. Es decir, si se suscitan los hechos previstos por la regla y esta es válida, entonces, se aplica. Los principios no funcionan de esta manera. Un principio, de acuerdo con Dworkin, “no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular”³³⁴. Esta diferencia entre reglas y principios, esto es, una distinción lógica, viene a decir, en fin, que: “[s]ólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”³³⁵. Conforme a la teoría de Dworkin, esta diferencia entre reglas y principios supone otra.

Los principios tienen una dimensión del peso o importancia. Recuérdese que, para Dworkin: “[l]os principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad”³³⁶. Esta diferencia entre reglas y principios cobra relevancia en caso de conflicto. Si colisionan dos principios, quien resuelve debe tener en cuenta el peso de cada uno. En esta decisión no puede haber una mediación exacta y, por

³³¹ N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 140.

³³² Ídem., p. 63.

³³³ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., p. 75.

³³⁴ Ídem., p. 76.

³³⁵ Ídem., p. 89.

³³⁶ Ídem., p. 99.

ello, será controvertido determinar si un principio tiene mayor peso que otro. Sin embargo, dice Dworkin, esto no quiere decir que perdamos de vista que esta dimensión del peso o importancia es parte del concepto de principio. Las reglas, en cambio, no tienen esta dimensión. Sí podemos decir que una regla es funcionalmente más importante que otra, por ejemplo, por su papel en la regulación de un comportamiento. Pero no podemos afirmar que una regla es más importante que otra dentro del sistema, como si, en caso de conflicto entre reglas una sustituyera a la otra por su mayor peso. En palabras de Dworkin: “[s]i se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida”³³⁷.

La decisión de qué regla es válida, dice Dworkin, debe adoptarse atendiendo a consideraciones que van más allá de las propias reglas. Aunque reconoce también que un sistema jurídico podría regular el conflicto entre reglas a través de otras que, por ejemplo, dieran preferencia a la regla dictada por una autoridad superior, a la posterior, a la especial o bien, preferir la regla que encuentre su fundamento en un principio más importante. Esta diferencia entre reglas y principios, esto es, la dimensión del peso o importancia, tal y como ha sido expuesta en *El modelo de las normas (I)*³³⁸, nos permite ver que “en la presentación original de sus argumentos Dworkin venía a sostener que los principios son normas derrotables o abiertas y las reglas normas inderrotables o cerradas”³³⁹. A ello me referiré en el capítulo cuarto cuando vuelva sobre la distinción entre reglas y principios, a propósito de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales.

Hasta aquí una de las críticas de Dworkin, que como ya se dijo es que para el positivismo jurídico el Derecho es un modelo de reglas, que no toma en cuenta otros estándares como son los principios. Estos son diferentes a las reglas, por una parte, por una distinción lógica y, por otra, porque los principios tienen una dimensión del peso o importancia que falta en las reglas o, lo que es lo mismo: “[s]egún Dworkin el modelo positivista sólo tiene en cuenta las normas que tienen la particularidad de aplicarse en *toto* o no aplicarse. El modelo positivista es estrictamente normativo porque sólo puede identificar normas y deja fuera del análisis las directrices y los principios”³⁴⁰. Si esto es así, conviene ahora mostrar la respuesta de Hart a esta crítica de Dworkin.

³³⁷ Ídem., p. 78.

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ J.C. BAYÓN MOHÍNO, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, cit., p. 93.

³⁴⁰ A. CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, “Prólogo” (1984), a R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 9.

Hart reconoce que “la más conocida crítica” de Dworkin a *The Concept of Law*³⁴¹ es que comete el error de considerar que el Derecho está constituido por reglas de “todo o nada”, ignorando así los principios jurídicos que son un tipo de estándar diferente que tiene un papel importante en el razonamiento legal y en la adjudicación. Dworkin, dice Hart, ha insistido en que la inclusión de los principios en su teoría implicaría el abandono de sus tesis centrales. De este modo, señala Hart, refiriéndose a Dworkin: “[s]i [él] tuviera que admitir que el [D]erecho contiene, en parte, principios, no podría, según [Dworkin], mantener consistentemente, como lo [ha] hecho, que el [D]erecho [...] sea identificado por criterios proporcionados por la regla de reconocimiento aceptada en la práctica de los tribunales o que los tribunales ejerzan un genuino, aunque intersticial, poder de creación del [D]erecho o discreción judicial en aquellos casos donde el [D]erecho existente explícito no puede dar una solución o que no hay ninguna conexión importante, necesaria o conceptual, entre el [D]erecho y la moral. Estas doctrinas no son sólo centrales para [su] teoría del [D]erecho, sino son frecuentemente consideradas como constituyendo el núcleo del positivismo jurídico moderno, de manera que su abandono sería un asunto de alguna importancia”³⁴². Más adelante me referiré a las críticas de Dworkin sobre la incapacidad de la regla de reconocimiento para identificar a los principios, y la no discrecionalidad judicial. Aquí, en cambio, me interesa continuar con la exposición de la respuesta de Hart a la idea de Dworkin de que el Derecho no es sólo un modelo de reglas, sino que también incluye principios.

Hart admite que en *The Concept of Law*³⁴³ poco se ocupó de ellos. De esta forma, en el *Postscript*³⁴⁴, Hart afirma que “ciertamente [desea] confesar, ahora, que [dijo] muy poco en [su] libro sobre el tópico de la judicación y la argumentación jurídica, en particular, sobre los argumentos de lo que [sus] críticos llaman principios jurídicos. [Está] de acuerdo en que es un defecto de [su] libro que los principios sean tocados sólo de pasada”³⁴⁵. Efectivamente, en *The Concept of Law*³⁴⁶ Hart no proporcionó una teoría de la argumentación jurídica, pero sí se refirió a los principios. De hecho, se ha sostenido que: “[e]l problema no es que Hart deje de percibir y de conceder relevancia al hecho de que no todas las *normas* son *reglas*, o que los *principios* son distintos de las *reglas* (un

³⁴¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

³⁴² H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., pp. 37 y 38.

³⁴³ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

³⁴⁴ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit.

³⁴⁵ Ídem., p. 38.

³⁴⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

punto clave en las críticas de Ronald Dworkin a la teoría de Hart). El problema es que Hart no ha aclarado la distinción que él mismo establece³⁴⁷. Quizás por ello, en su respuesta a Dworkin, Hart comienza por preguntarse qué distingue a los principios de las reglas. Para Hart, una de las diferencias entre reglas y principios es una cuestión de grado. Porque, según Hart, “los principios son, en relación con las reglas, amplios, generales o no específicos, en el sentido de que frecuentemente lo que puede ser considerado como una variedad de reglas distintas, puede ser exhibido como las ejemplificaciones o las instancias de un principio particular”³⁴⁸. Otra diferencia, según Hart, es que los principios justifican a las reglas. Esto es así, dice Hart, porque “los principios, en virtud de que se refieren, más o menos explícitamente, a algún propósito, fin, título o valor, son considerados, desde algún punto de vista, deseables de mantenerse o de adherirse a ellos y, de esta forma, no son sólo considerados como proporcionando una explicación o razón de las reglas que los ejemplifican, sino como contribuyendo a su justificación”³⁴⁹. Estos rasgos que distinguen a los principios de las reglas, dice Hart, son “relativamente incontrovertibles”, pues en su opinión todo crítico estaría de acuerdo con ellos. Se trata, pues, como se acaba de decir de la amplitud y el carácter deseable de los principios. Existe, sin embargo, según Hart, otro rasgo que conforme a la teoría de Dworkin distingue a los principios de las reglas que, si bien es cierto que para Hart es una cuestión de grado, para Dworkin, en cambio, es crucial. Los principios tienen, según Dworkin, lo que Hart llama un “carácter no concluyente”.

Hart reseña que, para Dworkin, las reglas funcionan a la manera de todo o nada. Esto es, como ya se dijo, si la regla es válida y aplicable a un caso, entonces, “obliga” o, lo que es lo mismo, dice Hart, “determina concluyentemente el resultado o desenlace jurídico”³⁵⁰. En cambio, los principios, señala Hart, para Dworkin no funcionan de esta manera. Porque, dice Hart, cuando los principios “son aplicables no “imponen” una resolución, sino señalan hacia, o cuentan en favor de una [resolución] o bien, establecen una razón que puede ser superada, pero que los tribunales toman en cuenta para inclinarse en una u otra dirección”³⁵¹. Esta diferencia entre reglas y principios no es otra cosa más que la dimensión del peso o importancia que, según Dworkin, tienen los principios. Hart

³⁴⁷ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 119.

³⁴⁸ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho, cit.*, p. 39.

³⁴⁹ *Ibidem*.

³⁵⁰ *Ibidem*.

³⁵¹ *Ídem*, p. 40.

nos recuerda que, para Dworkin, los principios tienen esta dimensión del peso o importancia, pero no de validez. En caso de conflicto entre principios, uno de mayor peso puede superar a otro que, sin embargo, sobrevivirá intacto. Las reglas, en cambio, son válidas o no válidas, y no tienen aquella dimensión. En caso de conflicto entre reglas, según Dworkin, sólo una de ellas puede ser válida. Hart no está de acuerdo. En sus palabras: “[n]o [ve] ninguna razón para aceptar este contraste tajante entre los principios jurídicos y las reglas jurídicas ni la tesis de que si una regla válida es aplicable a un caso dado tiene siempre que determinar, contrariamente a los principios, el resultado del caso. No existe ninguna razón del por qué un orden jurídico no deba reconocer que una regla válida determina un resultado en casos a los cuales ésta se aplica, excepto donde otra regla, considerada más importante, es también aplicable al mismo caso. De esta manera, una regla que es vencida al competir contra una regla más importante en un caso dado puede sobrevivir, como un principio, para determinar el resultado en otro caso donde esta regla sea considerada más importante que [cualquier] otra en conflicto”³⁵². Hart no está de acuerdo con Dworkin en que los principios se distinguen de las reglas por su dimensión del peso o importancia ni con la idea de que en caso de conflicto entre reglas una de ellas deje de ser válida. Dicho de otra forma, para Hart, Dworkin se equivoca al sostener que los principios, a diferencia de las reglas, tienen un carácter no concluyente. No obstante, según Hart, este error de Dworkin es subsanable. Pues, dice Hart, que: “[e]sta incoherencia [que resulta] al sostener que un orden jurídico se compone tanto de reglas de todo o nada y principios no concluyentes, puede superarse si admitimos que esta distinción es una cuestión de grado. Ciertamente, un contraste razonable puede establecerse entre reglas casi concluyentes, en que la satisfacción de sus condiciones de aplicación es suficiente para determinar el resultado jurídico, excepto en pocas ocasiones (donde sus términos pueden entrar en conflicto con otra regla considerada de mayor importancia) y generalmente con un principio no concluyente, el cual, meramente, señala hacia una resolución, pero, con frecuencia, puede no lograr determinarla”³⁵³. En definitiva, para Hart, a diferencia de Dworkin, la distinción entre reglas y principios es una cuestión de grado.

No obstante, Hart reconoce que, por una parte, los principios tienen un papel importante en el razonamiento legal y en la adjudicación y, por otra, que fue mérito de

³⁵² Ídem., p. 41.

³⁵³ Ídem., p. 42.

Dworkin llamar nuestra atención sobre dicho papel pues, como ya se dijo, Hart asume que fue un error ocuparse poco en *The Concept of Law*³⁵⁴ de tales principios. Hart advierte, sin embargo, que “con el uso que [hace] de la palabra “regla” no [pretende] sostener que los órdenes jurídicos comprenden únicamente “reglas” de todo o nada o reglas casi concluyentes. No sólo [llamó] la atención hacia lo que [designa] (posiblemente de forma no muy feliz) “estándares jurídicos variables”, los cuales especifican factores que deben tomarse en cuenta y sopesarse contra otros, sino [intentó] explicar por qué ciertas áreas de conducta son susceptible de regulación no por tales estándares variables como “el debido cuidado”, sino, más bien, por reglas casi concluyentes que prohíben o requieren las mismas acciones específicas en todos los casos, aunque raros. Así es por lo que tenemos reglas contra el homicidio y el robo y no meramente principios que requieren el debido respeto por la vida humana y la propiedad”³⁵⁵. Efectivamente, como ya señalé, Hart sí se refirió a los principios en *The Concept of Law*³⁵⁶. Aunque se ha dicho que les dio mayor importancia a las reglas³⁵⁷. Y no debe perderse de vista que él mismo reconoció que poco se ocupó de ellos. Ya se dijo, pues, que para Dworkin las diferencias entre reglas y principios son una distinción lógica, y la dimensión del peso o importancia. En contra, Hart sostiene que existen dos rasgos incontrovertibles que distinguen a los principios de las reglas, que no son más que la amplitud y el carácter deseable. Pero esta distinción, para Hart, es una cuestión de grado, como lo es también la dimensión del peso o importancia que Dworkin atribuye a los principios. El Derecho no es para Hart sólo un modelo de reglas. Como se sabe, sin embargo, esta no es la única crítica de Dworkin.

Dworkin, por otro lado, sostiene que la regla de reconocimiento es incapaz de identificar a los principios. Ya se dijo que, para Dworkin, el positivismo está conformado por algunas proposiciones centrales. Señalé que una de ellas es que el Derecho de una sociedad es un conjunto de reglas que pueden ser identificadas mediante criterios que no se relacionan con su contenido, sino con su *pedigree* u origen. En *El modelo de las normas (I)*³⁵⁸, Dworkin defiende que “si tratamos los principios como [D]erecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el [D]erecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una

³⁵⁴ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

³⁵⁵ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., pp. 42 y 43.

³⁵⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

³⁵⁷ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., pp. 141 y 142.

³⁵⁸ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

regla maestra”³⁵⁹. En *El modelo de las normas (II)*³⁶⁰, Dworkin reitera “que es erróneo suponer, como el positivismo, que en todo sistema legal ha de haber algún criterio fundamental y comúnmente reconocido, que permita determinar qué estándares cuentan como [D]erecho y cuáles no”³⁶¹. La crítica de Dworkin es que la regla de reconocimiento únicamente puede identificar reglas por su origen, de manera que no es la existencia de la regla de reconocimiento lo que objeta Dworkin, “sino su importancia para la explicación del concepto de la validez legal”³⁶². Para Hart, dice Dworkin, las reglas son válidas por su promulgación por alguna institución como un órgano legislativo o bien, por los jueces. Pero, según Dworkin, “este tipo de certificación no sirve para los principios de los casos *Riggs* y *Henningsen*, cuyo origen como principios jurídicos no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga”³⁶³. Se trata de principios que, según Dworkin, la regla de reconocimiento es incapaz de identificar. Y esta es, como ya se dijo, otra de las críticas de Dworkin al positivismo jurídico en general, y en particular al positivismo jurídico hartiano. Si esto es así, conviene referirnos ahora a la respuesta de Hart a esta crítica de Dworkin.

Dworkin, sostiene Hart, malinterpreta este aspecto de su versión de positivismo jurídico. Dworkin, como ya se dijo, considera que los criterios que proporciona la regla de reconocimiento para identificar el Derecho consisten en “hechos históricos”. Por ello, Dworkin le llama “positivismo de meros hechos”. Hart admite que si bien es cierto que la mayor parte de los ejemplos que proporcionó de aquellos criterios son cuestiones a las que Dworkin llama de *pedigree*, no lo es menos que, dice Hart, “expresamente [sostiene] tanto en [ese] libro [*The Concept of Law*] y en [su] artículo anterior sobre “Positivismo y la separación de [D]erecho y moral”, que en algunos sistemas de [D]erecho, como en el de Estados Unidos, el último criterio de validez jurídico podría explícitamente incorporar, además del pedigrí, principios de justicia o valores morales sustantivos y éstos podrían constituir el contenido de límites jurídicos constitucionales”³⁶⁴. La razón por la cual, dice

³⁵⁹ Ídem., p. 99.

³⁶⁰ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (II)” (1972), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

³⁶¹ Ídem., p. 102.

³⁶² A. MARMOR, “Constitutive Conventions” (1998), en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 1-24, en especial p. 2.

³⁶³ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., pp. 94 y 95.

³⁶⁴ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 22.

Hart, Dworkin malinterpreta su teoría como un positivismo de meros hechos y una teoría semántica es porque ignoró este punto. Esto es, Dworkin, advierte Hart, “ignora [su] aceptación explícita de que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos; por lo que [su] doctrina es lo que se ha denominado “positivismo suave” y no, en la versión que Dworkin tiene de ella, positivismo de “meros hechos””³⁶⁵. El positivismo jurídico incluyente es el objeto del capítulo siguiente. Aquí, en cambio, conviene detenernos en esta respuesta de Hart.

Señalé que, en relación con la naturaleza de los principios de Dworkin, se ha sostenido que se trata de principios de moral objetiva. Si aun antes de la crítica de Dworkin, Hart admitió que entre los criterios que proporciona la regla de reconocimiento se encuentra este tipo de principios, es decir, aquellos que por su verdad o corrección moral son Derecho, Hart, al igual que Dworkin, habla de principios de moral objetiva. Pero, en mi opinión, los principios a los que se refiere Hart no son de moral objetiva. Esto es así, si atendemos, por ejemplo, al siguiente texto de Hart, en el que respondiendo a esta crítica de Dworkin, es decir, a la incapacidad de la regla de reconocimiento para identificar a los principios, dice que “no hay nada en [su] libro [*The Concept of Law*] que sugiera que los criterios de “meros hechos” proporcionados por la regla de reconocimiento tengan que ser únicamente cuestiones de pedigrí; por el contrario, pueden ser límites sustantivos al contenido de la legislación como las Enmiendas Dieciséis o Diecinueve de la Constitución de Estados Unidos con respecto al establecimiento de la religión o restricciones al derecho de voto”³⁶⁶. De este texto se sigue que Hart no se refiere a principios de moral objetiva, sino a principios que son Derecho por su promulgación por alguna institución como un órgano legislativo. Esto es así, porque los ejemplos que cita, es decir, las Enmiendas, no son principios que por su verdad o corrección moral sean parte del Derecho de los Estados Unidos, sino por su promulgación.

En definitiva, creo que Hart concedió demasiado frente a la crítica de Dworkin al aceptar que la regla de reconocimiento sí contiene criterios para identificar estándares como Derecho por su contenido. A mi forma de ver las cosas, hubiese sido suficiente decir, como lo hizo Hart, que el Derecho está conformado por estándares que no funcionan como reglas, que no son más que principios que son Derecho por su

³⁶⁵ Ídem., p. 26.

³⁶⁶ Ibidem.

promulgación, y que en algunos sistemas jurídicos tales principios funcionan como criterios de validez. Creo, de hecho, que esta es la idea de Hart. Digo esto porque Hart critica a Dworkin su tesis de que los principios no pueden ser identificados por su origen. Este es un error de Dworkin, dice Hart, “porque no existe nada en el carácter no concluyente de los principios, ni en otros de sus rasgos para impedir su identificación mediante criterios de pedigrí. Puesto que, claramente, una disposición en una [C]onstitución escrita o una enmienda constitucional o una ley pueden ser consideradas como operando en la forma no concluyente, característica de los principios, proveyendo razones para una decisión que puede ser superada en casos donde alguna otra regla o principio presentan razones más fuertes para una decisión alternativa”³⁶⁷. Considero, en fin, que Hart tuvo que limitarse a reconocer que, en efecto, como lo pretendía Dworkin, la regla de reconocimiento es incapaz de identificar principios de moral objetiva o, lo que es lo mismo, que los criterios que proporciona esta regla identifican estándares no por su contenido, sino por su origen. Decir esto, sin embargo, es admitir la crítica de Dworkin en el sentido de que el planteamiento de Hart es una teoría semántica que admite el punto de vista del hecho evidente. Como ya se dijo, estas no son las únicas críticas de Dworkin al positivismo jurídico en general, y en particular al positivismo jurídico hartiano, pues también lo es la tesis de la no discrecionalidad judicial.

3.3.La no discrecionalidad judicial

Dworkin no está de acuerdo con los positivistas, pues para él un juez no goza de discreción, y sostiene la tesis de la única respuesta correcta o, lo que es lo mismo: “Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la tesis de la respuesta correcta”³⁶⁸. De hecho, se ha sostenido que: “[e]l núcleo más importante de la crítica al modelo de la función judicial positivista está centrado en el tema de los casos difíciles. Dworkin sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene

³⁶⁷ Ídem., p. 44.

³⁶⁸ A. CALSAMIGLIA, “Ensayo sobre Dworkin”, “Prólogo” (1984), a R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 13.

discreción porque está determinado por los principios”³⁶⁹. Dworkin niega la discrecionalidad judicial.

La discreción, dice Dworkin, es un concepto que los positivistas tomaron del lenguaje común. Dworkin se pregunta ¿qué significa en la vida ordinaria? Lo primero que debemos tener claro, según Dworkin, es que este concepto sólo tiene significado en algunas situaciones. De hecho, sólo es adecuado en un contexto. Este es cuando alguien debe tomar una decisión sujeta a reglas dictadas por una autoridad. Se trata, así, de un concepto relativo. Pues debemos preguntarnos conforme a qué reglas o bien, según qué autoridad se tiene discreción. En ocasiones el contexto dará la respuesta, pero en otras no. Dworkin distingue entre un sentido débil y un sentido fuerte de discreción. En sentido débil, tener discreción quiere decir que las reglas que regulan la decisión no se aplican mecánicamente, sino que requieren discernimiento del funcionario. El ejemplo de Dworkin es la orden del teniente para que el sargento forme una patrulla con sus cinco hombres más experimentados. Tener discreción, en sentido débil, quiere decir también, según Dworkin, que quien toma la decisión es una autoridad final, en el sentido de que esta decisión no puede ser revisada o anulada. En cambio, tener discreción en sentido fuerte significa que quien toma la decisión no está sujeto a regla alguna. Es en este sentido, dice Dworkin, como los positivistas entienden el concepto de discreción.

Dworkin reseña que, de acuerdo con los positivistas, si un caso no está regulado por una regla establecida, el juez decide mediante el ejercicio de la discreción. Cuando los positivistas usan este concepto, dice Dworkin, están haciendo referencia a su sentido fuerte. Y, si esto es así, según Dworkin: “[d]a lo mismo decir que cuando un juez se queda sin normas tiene discreción, en el sentido de que no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica, que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son normas, no son obligatorios para ellos”³⁷⁰. Dworkin no está de acuerdo, y propone una tesis alternativa. A ella me referiré enseguida, pero aquí conviene continuar con su exposición sobre la doctrina positivista de la discreción judicial.

Los positivistas, reseña Dworkin, sostienen una teoría de los casos difíciles. Esta viene a decir, según Dworkin, que cuando un caso no está regulado por una regla establecida de forma previa por una autoridad, el juez tiene discreción para decidir.

³⁶⁹ Ídem., pp. 14 y 15.

³⁷⁰ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., p. 88.

Dworkin advierte, sin embargo, que en esta decisión el juez introducirá nuevos derechos que aplicará de forma retroactiva al caso. Esta teoría, como ya se dijo, es inadecuada para Dworkin. Por ello, en *Los casos difíciles*³⁷¹ propone una tesis alternativa. El argumento de Dworkin es que aun cuando un caso no esté regulado por una regla, es posible que alguna de las partes tenga derecho a ganarlo, pues es deber del juez, incluso en estos casos difíciles, determinar cuáles son sus derechos, en lugar de “inventar” nuevos y aplicarlos en forma retroactiva. De hecho, para Dworkin, dos son las objeciones que pueden oponerse a este poder de creación de Derecho del juez.

Una de las objeciones sostiene, por una parte, que una sociedad debe ser gobernada por quien haya sido electo por la mayoría y, así, responsable ante ella y, por otra, que el juez no es electo y, por tanto, no responde ante la sociedad. Esta objeción, dice Dworkin, “es el argumento democrático según el cual los legisladores electos reúnen calificaciones superiores para tomar decisiones políticas”³⁷². La otra objeción es que, si el juez legisla, aplicando en forma retroactiva la ley a un caso, la parte que perdió será castigada por infringir un nuevo deber creado por el juez, y no uno que tenía antes del hecho. Estas objeciones, según Dworkin, son suficientes para concluir lo inadecuado del poder de creación de Derecho del juez, como lo sostienen los positivistas. Frente a ello, la propuesta de Dworkin es que en los casos difíciles el juez no goza de discreción en sentido fuerte ni crea Derecho, sino que siempre tendrá un principio a partir del cual determinará los derechos de las partes. Esta es la tesis de los derechos de Dworkin, que viene a decir “que las decisiones judiciales imponen derechos políticos existentes”³⁷³. Esta tesis tiene dos aspectos. En palabras de Dworkin: “[s]u aspecto descriptivo explica la estructura actual de la institución de la adjudicación. El normativo ofrece una justificación política de dicha estructura”³⁷⁴.

Hasta aquí la propuesta de Dworkin frente a las ideas de la discreción judicial, y el poder de creación de Derecho del juez que sostienen los positivistas, conviene ahora mostrar la respuesta de Hart. En su réplica a esta crítica, Hart comienza por recordarnos que, en realidad, Dworkin propone una Teoría del Derecho. Esta, dice Hart, tiene en su centro una teoría de la adjudicación que se presenta como alternativa frente a la tesis de

³⁷¹ R. DWORKIN, “Los casos difíciles” (1975), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., pp. 146-208 (R. DWORKIN, “Los casos difíciles”, *Harvard Law Review*, 1975).

³⁷² *Ídem.*, p. 199.

³⁷³ *Ídem.*, p. 153.

³⁷⁴ *Ídem.*, pp. 198 y 199.

la discrecionalidad judicial. Esta teoría como se vio es descriptiva y normativa. Pretende, frente al positivismo jurídico, dar una mejor descripción de la manera en que el juez resuelve los casos difíciles, y expresa razones a manera de valores democráticos y de equidad por las cuales los jueces no deberían gozar de discreción ni de un poder de creación de Derecho, como lo pretenden los positivistas. Frente a estas ideas, Hart insiste en su tesis de la textura abierta del Derecho. Toda regla, conviene repetirlo, incluida la de reconocimiento, tiene una “penumbra de incertidumbre debatible”. La tesis es que las reglas identificadas por los criterios proporcionados por la regla de reconocimiento tienen una textura abierta. En ocasiones, el Derecho no da respuesta alguna cuando la pregunta es saber si una regla se aplica a un caso. El Derecho es parcialmente indeterminado. En palabras de Hart: “[e]l conflicto directo más tajante entre la teoría jurídica de [ese] libro [*The Concept of Law*] y la teoría de Dworkin surge de [su] afirmación de que en cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales, en algún punto, el [D]erecho no da ninguna solución en ningún sentido y el [D]erecho es, consecuentemente, parcialmente indeterminado o incompleto. Si en tales casos el juez tiene que pronunciar una resolución [...] el juez tiene que ejercer su *discreción* y *crear* [D]erecho para el caso, en vez de aplicar meramente el [D]erecho preexistente ya establecido. De esta manera, en tales casos jurídicamente imprevistos o no regulados el juez crea nuevo [D]erecho y [también] aplica el [D]erecho establecido el cual confiere y constriñe sus poderes de creación del [D]erecho”³⁷⁵. Estos, según Hart, no son casos “difíciles”. Controvertibles sobre qué respuesta es correcta, sino que como se acaba de decir, el Derecho se presenta incompleto, es decir, los casos no están regulados, y para resolverlos el juez tiene discreción. Dworkin, señala Hart, rechaza que el Derecho pueda estar incompleto de esta forma. Esto es así, según Dworkin, pues el juez “siempre debe suponer que para cada caso concebible hay una solución que ya es Derecho antes de que decida el caso y que espera a ser descubierta. Él nunca debe suponer que el Derecho está incompleto, es inconsistente o indeterminado; si eso parece, la culpa no es del Derecho, sino de los limitados poderes humanos del juez de discernimiento, así que no hay espacio para que el juez cree Derecho eligiendo entre alternativas sobre lo que el Derecho debe ser”³⁷⁶. Dworkin, dice Hart, niega, por tanto, que el Derecho deba ser completado

³⁷⁵ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 54.

³⁷⁶ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 123-144, en especial p. 138 (H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, was originally published in 11 *Georgia Law Review*, No. 5, 1977).

mediante el ejercicio de la discreción judicial creadora de Derecho. Efectivamente, según Hart, Dworkin “ha inalterablemente mantenido su negativa de que los tribunales tengan discreción judicial en el sentido de un [tener] poder de creación jurídica para decidir casos que han quedado no completamente regulados por el [D]erecho existente. En efecto, ha sostenido que, aparte de algunas excepciones triviales, no existen tales casos, puesto que, como ha famosamente sostenido, existe siempre una “respuesta correcta” a cualquier cuestión significativa sobre lo que es el [D]erecho en cualquier cuestión jurídica que surja en cualquier caso”³⁷⁷. Dworkin, agrega Hart, no tiene en cuenta la distinción entre Derecho controvertible y Derecho incompleto. Esta, dice Hart, “es una cuestión de importancia considerable para la teoría interpretativa de Dworkin, puesto que, de conformidad con tal teoría, una proposición de [D]erecho es verdadera sólo si, en conjunción con otras premisas, ésta se sigue de principios que, a la vez, se adaptan mejor a la historia institucional del orden jurídico y proporcionan, además, la mejor justificación moral para ella”³⁷⁸. Principios sobre los que ya se discutió su naturaleza de moral objetiva.

Sobre este punto creo que insiste Hart cuando afirma que “una prueba moral puede ser una prueba para el [D]erecho preexistente sólo si existen hechos morales objetivos en virtud de los cuales los juicios morales sean verdaderos”³⁷⁹. Dicho de otra forma, para Hart, la postura de Dworkin no se entiende sin una teoría objetivista de la moral. Esto es así, según Hart, porque: “[l]a cuestión de cuál conjunto de principios provee la mejor justificación moral, y por tanto, constituye la más consistente teoría del [D]erecho explícito, es para él [Dworkin] una cuestión acerca de una materia objetiva”³⁸⁰. De este modo, dice Hart, es posible formular dos objeciones a la teoría de Dworkin. En sus palabras: “[l]a primera es el fuerte carácter objetivo que Dworkin atribuye a la moral. Desde que la moral es para él un asunto objetivo, los juicios morales no son verdaderos simplemente porque sean creídos o aceptados por el juez o por cualquier otro; de hecho, por supuesto aquellos quienes hagan tales juicios morales sólo pueden establecer aquello que ellos creen. Segundo, cuando diferentes jueces provienen de diferentes contextos sociales o “sub-culturales” van a diferir sobre aquello que objetivamente es la mejor

³⁷⁷ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 55.

³⁷⁸ Ídem., p. 29.

³⁷⁹ Ídem., p. 30.

³⁸⁰ H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, cit., p. 10.

justificación del Derecho explícito, pues cada juez podrá hacer su propio juicio moral por sí mismo”³⁸¹.

Por ello, queda claro que la existencia de aquellos hechos morales objetivos, advierte Hart, es una teoría controvertible. Si no existieran tales hechos, un juez a quien se le pidiera aplicar una prueba moral, sólo podría tratarlos como un “llamado” para ejercer discreción de conformidad con su entendimiento de la moral y de lo que ella requiere. Dicho de otra forma, Hart en *El nuevo desafío del positivismo jurídico*³⁸² señala, como ya se dijo, que una teoría objetivista de la moral es fundamental para la teoría de Dworkin, pues “si no existen tales hechos morales objetivos, lo más que puede hacer Hércules cuando es llamado a determinar qué [T]eoría del [D]erecho es la más sólida y ofrece la mejor justificación moral del [D]erecho explícito, es expresar sus propias preferencias después de una consideración imparcial de las consecuencias de cualquier otra decisión. Pero esto no sería el descubrimiento de una preexistente moral objetiva componente del [D]erecho, sino un acto de creación judicial y por tanto un ejercicio de discrecionalidad”³⁸³. Dicho esto, en el *Postscript*³⁸⁴, Hart afirma que sigue “pensando que la teoría jurídica debe evitar compromisos con teorías filosóficas controvertibles sobre el *status* general de los juicios morales y debe dejar abierto, como [hace] en [ese] libro [*The Concept of Law*] la cuestión general de saber si éstos tienen lo que Dworkin llama “nivel objetivo””³⁸⁵. Creo que de estos textos se sigue que, como ya se dijo, cuando Hart, concediendo demasiado frente a la crítica de Dworkin, admite que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido, no se refiere con ello, como lo hace Dworkin, a principios de moral objetiva. Esto es así, primero porque como ya señalé, los ejemplos que ofrece Hart, es decir, las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos no son principios de este tipo, sino Derecho identificado a través de la regla de reconocimiento por su origen. Y segundo, pues como se acaba de ver, para Hart, la Teoría del Derecho no debe asumir compromisos con teorías filosóficas controvertidas, como aquellas que sostienen la existencia de hechos morales objetivos, sin que sea necesario, dice Hart, pronunciarse sobre si tales hechos morales son

³⁸¹ H.L.A. HART, “Legal Duty and Obligation” (1966), en *Id.*, *Essays on Bentham...*, cit., pp. 149 y 150.

³⁸² H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, cit.

³⁸³ Ídem., p. 10.

³⁸⁴ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit.

³⁸⁵ Ídem., p. 30.

o no objetivos. Pero como el propio Hart advierte, si tales hechos no existen, el juez ejerce discreción y crea Derecho.

Se trata, para Hart, de una cuestión abierta. Pero, entonces, cómo entender el positivismo “suave” que sostiene Hart con estas últimas ideas. Aun y cuando se trata de una cuestión abierta, no creo que cuando Hart habla del positivismo suave se refiera a principios de moral objetiva. Ya se dijo que, para Hart, no es necesario pronunciarse sobre el nivel objetivo de los hechos morales. Esto es así, además, porque en su opinión el deber del juez es el mismo, esto es, “hacer el mejor juicio moral que pueda sobre cualquiera cuestión moral que tenga que resolver”³⁸⁶. De este modo, es irrelevante si al tomar una decisión el juez crea Derecho conforme a la moral o bien, guiado por su propio juicio moral. Ya se dijo que Dworkin niega que el juez goce de discreción en sentido fuerte, porque siempre tendrá un principio que lo guíe para determinar los derechos de las partes. Señalé que Hart no está de acuerdo, porque aun cuando no se pronuncia sobre la existencia de los hechos morales objetivos, sostiene que frente a la indeterminación parcial del Derecho el juez goza de discreción para resolver y así crea Derecho. A este respecto, dije que Dworkin niega que el juez goce de este poder de creación de Derecho y que, en todo caso, a dicho poder es posible oponer dos objeciones. Aquí conviene ahora detenernos en la respuesta de Hart.

Los poderes de creación de Derecho del juez y del legislador son diferentes. El juez, a diferencia del legislador, está sujeto a restricciones, por ejemplo, porque ejerce su poder de creación de Derecho para el caso concreto. De este modo, dice Hart, respecto del juez, “sus poderes son intersticiales y sujetos a muchas limitaciones sustantivas”³⁸⁷. Sostener, por otro lado, que frente a la indeterminación parcial del Derecho el juez goza de discreción y crea Derecho, no significa, dice Hart, que actúe de forma arbitraria. Esto es así, porque “siempre debe tener alguna razón general que justifique su resolución y debe actuar como un legislador consciente lo haría al resolver de conformidad con sus propias creencias y valores”³⁸⁸. Actuando de esta forma, y sin perder de vista la indeterminación parcial del Derecho, el juez, dice Hart, al ejercer discreción y crear Derecho puede seguir estándares no jurídicos que es posible que difieran de los usados

³⁸⁶ Ídem., p. 31.

³⁸⁷ Ídem., p. 56.

³⁸⁸ Ibidem.

por otro juez. Dworkin, sin embargo, como ya se dijo, opone dos objeciones a la discreción judicial y el poder de creación de Derecho del juez.

Recuérdese que una de las objeciones es el argumento democrático. Este viene a decir como se vio que quien crea Derecho debe ser electo por la mayoría y responsable ante ella. Hart no está de acuerdo. Primero, pues: “[q]ue a los jueces se les invista con poderes de creación jurídica para conocer de disputas que el [D]erecho no regula, puede ser considerado como un precio necesario que pagar, para evitar la inconveniencia de [recurrir a] métodos alternativos para regularlos, tales como referirlos a la legislatura, y el precio puede ser visto pequeño si los jueces son restringidos en el ejercicio de estos poderes y no pueden confeccionar códigos o amplias reformas, sino únicamente reglas para substanciar las cuestiones específicas planteadas por los casos particulares”³⁸⁹. Y segundo porque, señala Hart, “la delegación de poderes legislativos limitados al ejecutivo es un rasgo familiar de las democracias modernas y tal delegación a la judicatura parece no constituir una mayor amenaza a la democracia”³⁹⁰. Dworkin opone al poder de creación de Derecho del juez el argumento democrático. Hart no está de acuerdo con él, pues, por una parte, el hecho de que el juez pueda crear Derecho evita métodos alternativos como la remisión del caso al legislativo, además nos recuerda que este poder de creación está sujeto a restricciones y, por otra, así como el Ejecutivo tiene poder de creación de Derecho, y sobre este hecho no hay discusión³⁹¹, Hart no encuentra problema alguno en que también lo tenga el juez. Pero, como ya se dijo, el argumento democrático no es la única objeción de Dworkin.

Efectivamente, como ya señalé, otra objeción es que el juez crea Derecho *ex post facto*, y esto es injusto para las partes. Hart responde que, para Dworkin, “la razón para considerar injusta la creación jurídica retroactiva es porque frustra las expectativas justificadas de aquellos que, al actuar, han confiado en la presunción de que las consecuencias jurídicas de sus actos serían determinadas por el estado conocido del [D]erecho establecido en el tiempo de sus actos. Esta objeción, sin embargo, aún si tiene fuerza contra un cambio o desestimación retroactiva de un derecho claramente establecido, parece completamente irrelevante en casos difíciles, puesto que éstos son

³⁸⁹ Ídem., p. 59.

³⁹⁰ Íbidem.

³⁹¹ R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho: (Introducción al estudio del Derecho)* (1974), Civitas, 6ª ed., Madrid, 1993, pp. 234 y 235.

casos que el [D]erecho ha dejado regulados de forma incompleta y no hay ningún estado conocido de un derecho claramente establecido, como para justificar expectativas”³⁹². Hart no está de acuerdo con esta objeción de Dworkin porque, como se ha insistido, la discreción judicial y el poder de creación de Derecho del juez se explican a partir de la tesis de la indeterminación parcial del Derecho, sobre la que volveré en el capítulo sexto a propósito del problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional.

Una de las conclusiones de este capítulo es que cuando hablamos del positivismo jurídico hartiano nos referimos a una teoría general y descriptiva del Derecho, que tiene como núcleo las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad judicial. Recuérdesse que, en mi opinión, el positivismo jurídico es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho, incluido el Derecho del Estado constitucional, pero téngase presente también que como ya advertí existen variedades de positivismo jurídico. Sin embargo, en esta investigación defiendo el positivismo jurídico hartiano. De este modo, ya señalé qué rasgos lo identifican. Ahora tengo que mostrar que se trata de la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, que como referí es el objeto de esta primera parte del trabajo. Y con este propósito formularé algunos argumentos. El primero pretende responder a si la teoría de Hart resistió la crítica que Dworkin formuló al positivismo jurídico.

En relación con este primer argumento, conviene advertir que otra conclusión de este capítulo es que Hart cedió frente a la crítica de Dworkin. Me refiero a su concesión de que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido. Creo, sin embargo, que Hart, a diferencia de Dworkin, no se refiere con ello ni cuando habla del positivismo suave a principios de moral objetiva. Decir lo contrario, en mi opinión, comprometería seriamente la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Digo, además, que Hart no se refiere a principios de moral objetiva. Primero, porque los ejemplos que cita no son principios de este tipo. Se trata, en cambio, de principios que son identificados por su origen por la regla de reconocimiento como las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos. Segundo, porque a decir de Hart la Teoría del Derecho no debe comprometerse con teorías filosóficas controvertidas, como aquellas que sostienen la existencia de hechos morales objetivos. Y tercero, porque si bien es cierto que la existencia de tales hechos es una cuestión que Hart deja abierta, no

³⁹² H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho*, cit., p. 60.

lo es menos que sí encontramos algunos textos en los que no comparte la moral objetiva, por ejemplo, cuando critica a Dworkin su fuerte vinculación con ella o bien, cuando dice que, si tales hechos no existieran, frente a la indeterminación parcial del Derecho, el juez ejerce discreción y crea Derecho. De esta forma es como Hart responde a la crítica de Dworkin a la tesis de la discrecionalidad judicial, aportando además razones en contra de los argumentos que el propio Dworkin formula. Sin embargo, como ya se dijo, creo que Hart concedió demasiado frente Dworkin cuando admite que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido. No obstante, a mi forma de ver las cosas es posible formular un primer argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Este viene a decir que la teoría de Hart resistió la crítica de Dworkin, porque a pesar de que, como se acaba de decir, Hart admitió que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido, con ello, en mi opinión, no se refiere a principios de moral objetiva. Pero, por otro lado, no debe perderse de vista que aquella concesión de Hart frente a Dworkin es importante. Primero, porque si como creo Hart no se refiere a principios de moral objetiva, la regla de reconocimiento únicamente proporciona criterios que identifican el Derecho por su origen y, entonces, Dworkin tiene razón al decir que la de Hart es una teoría semántica que sostiene el punto de vista del hecho evidente. Y segundo, porque Hart con esta concesión parecería inscribirse en una línea de pensamiento que se desarrolló a manera de reacción frente a la crítica de Dworkin. Me refiero al positivismo jurídico incluyente.

CAPÍTULO II

El positivismo jurídico después de Hart (I): la versión incluyente

En el capítulo anterior mostré algunos aspectos de la teoría de Hart, y expuse la crítica de Dworkin, así como la respuesta de Hart, en este contexto se señaló que la afirmación de Hart de que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido es importante, porque con esta concesión, Hart parece inscribirse en una línea de pensamiento que se desarrolló a manera de reacción frente a la crítica de Dworkin. Se trata del positivismo jurídico incluyente. Este es el objeto del presente capítulo. Para aportar argumentos para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, me referiré a cuatro versiones del positivismo considerado incluyente¹.

1. Positivismo negativo y positivo

La primera variedad de positivismo jurídico incluyente que expondré es el positivismo positivo de J.L. Coleman. En un conocido artículo², que dicho sea de paso da título a estas líneas, Coleman afirma que cada teoría acerca de la naturaleza o esencia del Derecho pretende proveer un estándar que contiene las condiciones necesarias y suficientes para determinar qué normas de la comunidad constituyen su Derecho. La versión “ingenua” del realismo jurídico, por ejemplo, mantiene que el Derecho de una comunidad está constituido por los pronunciamientos oficiales de los jueces. Para los primeros positivistas como Austin, en cambio, el Derecho propiamente llamado consiste en los mandatos de un soberano. Para la Teoría del Derecho natural, por su parte, en cada sistema jurídico concebible, ser un principio moral es una condición necesaria de legalidad, al menos para algunas normas.

¹ Sobre las variedades del positivismo jurídico incluyente, véase A. MARMOR, “Exclusive Legal Positivism”, en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 49-70, en especial p. 55. Si bien es cierto que este texto se refiere al positivismo jurídico excluyente, no lo es menos que Marmor desarrolla su estudio a partir de la exposición de algunas variedades de la versión incluyente.

² J.L. COLEMAN, “Negative and Positive Positivism”, *The Journal of Legal Studies*, núm. XI, 1982, pp. 139-164.

El positivismo jurídico del tipo asociado con H.L.A. Hart, según Coleman, mantiene que en cada comunidad donde el Derecho existe hay un estándar que determina qué normas de la comunidad son jurídicas. Siguiendo a Hart, este estándar es la regla de reconocimiento. En palabras de Coleman, “Hart y aquellos influidos por él consideran como una parte del proyecto de la Teoría del Derecho determinar el criterio que establece el Derecho aparte de otros modos de regular los asuntos humanos, por ejemplo, reglas morales, normas informales y sistemas sancionatorios. En la Teoría del Derecho de Hart, la regla de reconocimiento juega el rol de distinguir lo legal de lo no legal”³. Si este positivismo, continúa Coleman, entiende por regla de reconocimiento “el estándar en cada comunidad por el que sus normas jurídicas serán determinadas”, cada Teoría del Derecho puede ser reducida a una u otra versión de positivismo. Qué forma de positivismo tomará cada una dependerá de las condiciones sustantivas particulares de legalidad que cada teoría establezca. El positivismo jurídico será analítico si, conforme a esta teoría, no es posible concebir un sistema jurídico que no satisfaga las condiciones mínimas de la regla de reconocimiento. Para distinguir una regla de reconocimiento en sentido positivista de otros enunciados de condiciones de legalidad no positivistas, y además para distinguir al positivismo de tesis alternativas de Teoría del Derecho, debe restringirse el modo en que se entiende la regla de reconocimiento. Los candidatos a estas restricciones caen en dos categorías. Por una parte, en las condiciones de legalidad dispuestas en la regla de reconocimiento y, por otra, en las posibles fuentes de autoridad (o normatividad).

Un ejemplo del primer tipo de restricciones es expresado por el requerimiento de que las condiciones de legalidad tienen que ver con el *pedigree* o forma. No son, por tanto, sustantivas o de contenido. De acuerdo con ello, para que una regla especifique las condiciones de legalidad en cada sociedad que constituya la regla de reconocimiento en sentido positivista, la normatividad jurídica sujeta a ella debe ser determinada, por ejemplo, por normas que fueron establecidas en la forma requerida por una autoridad adecuada. En cambio, la afirmación de que la autoridad de la regla de reconocimiento es una cuestión de aceptación por los funcionarios, a diferencia de su verdad como principio normativo, y la afirmación relacionada de que el deber judicial bajo la regla de reconocimiento es una práctica convencional, a diferencia de una crítica moral, expresan restricciones en las posibles fuentes de autoridad.

³ J.L. COLEMAN, “Beyond Inclusive Legal Positivism”, *Ratio Juris*, núm. 3, 2009, pp. 359-394, en especial p. 361.

Dworkin en su crítica, dice Coleman, expresa este segundo tipo de restricción. Se trata de la afirmación de que la regla de reconocimiento en sentido positivista debe ser una regla social, a diferencia de una regla normativa. La autoridad de una regla social es una cuestión de convención. A diferencia de una regla normativa, la autoridad de una regla social tiene una explicación convencional⁴. La naturaleza del deber que impone es especificada o está constituida por una “práctica social convergente”. La teoría de la regla social requiere la convergencia de comportamiento, esto es, una práctica social. Un estándar no de *pedigree* implica controversia. Esta se traduce en la ausencia de una práctica social. Y esto significa que la regla no puede ser una regla social. En contraste, una regla normativa puede imponer una obligación o conferir un derecho en ausencia de una práctica relevante e, incluso, en contra de una. Si una regla normativa impone una obligación, lo hace porque es un principio moral correcto y no, por hipótesis, porque corresponda a una práctica aceptada. En realidad, según Coleman, Dworkin concibe la regla de reconocimiento como sujeta a los dos tipos de restricciones. El punto de vista de Dworkin, dice Coleman, es que sólo estándares de legalidad de *pedigree* pueden constituir reglas de reconocimiento, y que una regla de reconocimiento debe ser una regla social. Coleman se pregunta si, en efecto, como piensa Dworkin, el positivismo jurídico está comprometido con alguna de estas restricciones.

Ya se dijo que, para Coleman, la inclusión de restricciones en la regla de reconocimiento es motivada por la necesidad de distinguir al positivismo jurídico de otras tesis, en particular, de la Teoría del Derecho natural. El positivismo niega lo que esta afirma. Llamémosle, propone Coleman, una conexión necesaria entre Derecho y moral. Esta es la tesis de la separación. Una forma de responder a si el positivismo está comprometido con un tipo particular de restricción en la regla de reconocimiento es simplemente cuestionarnos si alguna restricción es requerida por el compromiso con la tesis de la separación. Para responder a esta pregunta, según Coleman, debemos hacer algunas precisiones preliminares concernientes a cómo entender la regla de reconocimiento y la tesis de la separación.

⁴ Pero es que a lo mejor esta es la cuestión. Si se quiere explicar el funcionamiento de una regla, entonces el fundamento de su validez es convencional, pero si se quiere justificar, ha de ser normativo. Entonces, no son dos tipos de reglas, sino dos formas de estudiarlas. Por definición, el positivismo jurídico (punto de vista externo) utiliza la primera.

La noción de regla de reconocimiento es ambigua. Tiene un sentido epistémico y un sentido semántico. En el primero, esto es, en sentido epistémico, la regla de reconocimiento es un estándar que se puede usar para identificar, validar o descubrir el Derecho de una comunidad. Y en el segundo, es decir, en sentido semántico, la regla de reconocimiento especifica las condiciones que una norma debe satisfacer para formar parte del Derecho de una comunidad. La misma regla puede ser una regla de reconocimiento en ambos sentidos. Esto es así porque la regla que es empleada para determinar el Derecho no necesita ser la misma regla que hace al Derecho determinado. Esta ambigüedad entre las interpretaciones epistémica y semántica de la regla de reconocimiento impregna la literatura, y es responsable de buena parte de la confusión acerca de algunas de las afirmaciones esenciales del positivismo jurídico. No obstante, para Coleman, “el positivismo jurídico está comprometido con la regla de reconocimiento en el sentido semántico por lo menos; si está comprometido con la regla de reconocimiento como un estándar para identificar el Derecho (sentido epistémico) es una cuestión sobre la que debemos volver después”⁵. A ello, pues, siguiendo a Coleman me referiré más adelante.

En el lenguaje que es común en semántica formal, decir que la regla de reconocimiento es una regla semántica es señalar que especifica las condiciones de una proposición singular de Derecho de la forma “es el Derecho en *C* que *P*”. Donde *C* es una comunidad particular y *P* es un enunciado de Derecho. La pregunta de si la tesis de la separación impone restricciones sustantivas en la regla de reconocimiento es justamente la cuestión de si esta tesis restringe las condiciones de legalidad para las normas o las condiciones para las proposiciones de Derecho. La tesis de la separación es la afirmación de que existe, por lo menos, una concebible regla de reconocimiento (y además un posible sistema jurídico) que no especifica la “verdad como un principio moral” entre las condiciones de las proposiciones de Derecho.

En una nota al pie⁶, Coleman explica que la frase la “verdad como un principio moral” como una condición de legalidad parece un poco “torpe”. Sin embargo, cualquier otra como la “moral como una condición de legalidad” o bien, “contenidos morales como una condición de legalidad”, pueden ser ambiguas, pues no es claro si la tesis de la separación es una afirmación acerca de la relación entre Derecho y moral crítica o entre

⁵ J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, cit., p. 141.

⁶ Ibidem., nota 3.

Derecho y moral convencional. En todo caso, para Coleman, la tesis de la separación es la negación de una relación constitutiva entre Derecho y moral crítica. Entendida de esta forma, una regla de reconocimiento particular puede especificar la verdad como un principio moral a la manera de una condición para alguna o para todas las proposiciones de Derecho sin violar la tesis de la separación, desde que de esto no se sigue el hecho de que en una comunidad una norma deba ser un principio moral para ser Derecho.

No obstante, Coleman advierte que es “tentador” confundir la tesis de la separación con la afirmación de que el Derecho de una comunidad es una cosa y su moral otra. Esta afirmación es seriamente ambigua. En un sentido, la afirmación de que el Derecho de una comunidad es una cosa y su moral otra, puede ser lo mismo que el aserto de que no existe convergencia entre las normas que constituyen el Derecho de una comunidad y aquellas que constituyen su moral. Puesta de esta forma, se trata de una afirmación empírica. Pero es inadecuada porque existen prohibiciones legales y morales que se identifican, por ejemplo, contra el homicidio o el robo. En cambio, podría afirmarse que es posible identificar o descubrir el Derecho de una comunidad sin tener que recurrir a su moral. Esta es una afirmación epistémica acerca de cómo, en una comunidad particular, se conoce el Derecho. Puede ser que en algunas comunidades – incluso en aquellas en que cada norma jurídica es también un principio moral- se pueda saber qué normas son Derecho sin considerar su estatus como principios morales. Si este es el caso en cada comunidad, depende de las fuentes disponibles de conocimiento legal, y no de la existencia de una relación conceptual, o cualquier otra, entre Derecho y moral.

Una tercera interpretación de la afirmación de que el Derecho de una comunidad es una cosa y su moral otra, es una tesis que Dworkin, dice Coleman, está “ansioso” por adscribir al positivismo, y es que ser un principio moral no es una condición para ninguna proposición de Derecho (en ninguna comunidad). Puesta de esta forma, según Coleman, la afirmación puede ser falsa. Sólo para el caso “es el Derecho en *C* que *P*” (para cualquier comunidad, *C*, y cualquier proposición de Derecho, *P*) la tesis es falsa sólo si *P* establece un principio moral. Donde la tesis de la separación sea entendida de esta forma, la regla de reconocimiento requerirá de restricciones sustantivas particulares. Esto es, ninguna regla de reconocimiento puede especificar la verdad como un principio moral entre sus condiciones de legalidad. Donde el positivismo jurídico esté comprometido con la regla de reconocimiento, y con esta interpretación de la afirmación de que el Derecho y la moral

de una comunidad son distintos, los argumentos de Dworkin en *El modelo de las normas (I)*⁷ son, dice Coleman, “suficientes para ponerlo a descansar”⁸.

Sin embargo, donde la afirmación de que el Derecho de una comunidad es una cosa y su moral otra sea entendida, no como la afirmación de que en cada comunidad Derecho y moral son distintos, sino como el aserto de que son conceptualmente distinguibles, puede ser reducida a la tesis de la separación, que niega una relación constitutiva entre Derecho y moral. En suma, “el Derecho de una comunidad es una cosa y su moral otra”, hace dos afirmaciones falsas. Una afirmación epistémica acerca de las fuentes de conocimiento legal, y una reducción de la tesis de la separación. En todo caso está garantizada por restricciones sustantivas en reglas de reconocimiento particulares. Propiamente entendida y adecuadamente distinguida de la afirmación de que el Derecho y la moral de una comunidad son distintos, la tesis de la separación no está garantizada por restricciones sustantivas en ninguna regla de reconocimiento particular.

De ello no se sigue, sin embargo, que la tesis de la separación no imponga restricciones del todo en ninguna regla de reconocimiento. La tesis de la separación compromete al positivismo con la proposición de que existe, al menos, un concebible sistema jurídico en que la regla de reconocimiento no especifica entre las condiciones para cualquier proposición de Derecho el hecho de ser un principio moral. El positivismo es verdadero, entonces, sólo para el caso de un sistema jurídico en que ser un principio moral no es una condición de legalidad para cualquier norma. Esto es, sólo a través de la idea de un sistema jurídico en que la moral verdadera no es una condición necesaria de validez legal. De este modo, dice Coleman: “[l]a forma de positivismo generado por el compromiso con la regla de reconocimiento como constreñida por la tesis de la separación [...] [es llamada] positivismo negativo para llamar la atención sobre el carácter y la debilidad de la afirmación que hace”⁹. Esto es así, porque este tipo de positivismo es esencialmente una tesis negativa, que no puede ser debilitada por contraejemplos, pues cualquiera de ellos sólo mostraría que, en alguna comunidad u otra, la moral es una condición de legalidad, al menos, para algunas normas.

⁷ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 61-101 (R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)”, *University of Chicago Law Review*, 1967) (R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth and Co. Ltd., Londres, 1977).

⁸ J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, *cit.*, p. 142.

⁹ *Idem.*, p. 143.

En *El modelo de las normas (I)*¹⁰ Dworkin, según Coleman, argumenta “persuasivamente” que en algunas comunidades los principios morales tienen fuerza de Derecho. De esta forma, Dworkin, en palabras de Coleman, “objetaba la afirmación de los positivistas [de] que sólo las reglas podían constituir “cosas” de Derecho, así como la afirmación relacionada de que la regla de reconocimiento o algo muy parecido a ella (una “regla maestra”) es necesaria para distinguir reglas que son jurídicas de aquellas que no lo son”¹¹. Los principios son, para Dworkin, parte del Derecho. Y lo que los hace Derecho es su verdad moral o su aceptación como apropiados para la resolución de casos controvertidos, a diferencia de que hayan sido establecidos en la forma apropiada por autoridades relevantes. Estos argumentos, continúa Coleman, fueron suficientes para debilitar al positivismo que estuviera comprometido con la afirmación de que la verdad como principio moral nunca podría constituir una condición para una proposición de Derecho, bajo ninguna regla de reconocimiento. Pero, por otro lado, estos argumentos son inadecuados para debilitar la tesis de la separación, que no hace afirmación alguna acerca de las condiciones de cualquier proposición de Derecho, en cualquier comunidad particular. Los argumentos en *El modelo de las normas (I)*¹², por lo tanto, son inadecuados para debilitar al positivismo negativo. Sin embargo, dice Coleman, el objetivo de Dworkin en ese artículo no es realmente el positivismo negativo. Se trata, en cambio, de aquella versión de positivismo que se obtiene conjugando la regla de reconocimiento con el requerimiento de que las condiciones para cualquier proposición de Derecho no pueden incluir la referencia a la moral de la norma. Coleman advierte, además, que Dworkin está “ansioso” por demostrar, no sólo lo inadecuado de la tesis de la separación, sino también de otros principios esenciales del positivismo –o, al menos, aquellos que Dworkin toma como tales-.

El hecho de que los principios morales tengan fuerza de Derecho, porque son apropiados, verdaderos o aceptados a pesar de no haber sido formalmente establecidos, se traduce, para Dworkin, en la necesidad de abandonar (1) la concepción positivista del Derecho como reglas, (2) la afirmación de que los jueces ejercitan discreción –la autoridad para extenderse más allá del Derecho para apelar a principios morales- para resolver casos controvertidos, y (3) el punto de vista de que el Derecho de cada comunidad puede ser identificado por el uso de un test de legalidad no controvertido o de

¹⁰ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

¹¹ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 361.

¹² R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

pedigree. La primera afirmación del positivismo debe ser abandonada porque los principios, así como las reglas, constituyen normas jurídicas. La segunda porque, mientras los positivistas conciben a los jueces como ejercitando discreción apelando a principios morales, Dworkin, según Coleman, correctamente los caracteriza como apelando a principios morales que a pesar de que no son reglas, sí pueden establecer estándares jurídicos. El tercer principio del positivismo debe ser abandonado porque la regla de reconocimiento desde el punto de vista de Dworkin debe ser una de *pedigree*, es decir, que no puede hacer referencia al contenido o verdad de la norma como condición de su legalidad, y los principios morales que cualquier sistema jurídico incluya entre sus estándares no pueden tener autoridad por el criterio de *pedigree*.

La pregunta, por supuesto, es si el positivismo está comprometido con el modelo de las reglas, la discreción judicial o bien, con el estándar de legalidad de *pedigree* o no controvertido. Sabemos, dice Coleman, que al menos está comprometido con la tesis de la separación, que aparentemente sólo sigue el positivismo negativo, pero este no está comprometido con ninguna de las otras afirmaciones. ¿Existe, entonces, otra forma de positivismo que sí esté comprometido? Para responder a esta pregunta, quizás lo primero que convenga advertir, según Coleman, es que: “[n]o sería injusto caracterizar la disputa original entre los positivistas y Dworkin como poderosa, pero sin embargo enfocada en la intervención de la disputa en proceso entre los positivistas y los iusnaturalistas acerca de la relación entre Derecho y moral”¹³. No obstante, para Coleman, mucho del debate entre los positivistas y Dworkin parecería no tener importancia, a menos que haya una versión de positivismo que fuera el objeto de las críticas de Dworkin. Esa versión de positivismo, cualquiera que sea, no puede ser motivada solamente por la tesis de la separación. La pregunta, entonces, es si otra versión de positivismo además de negar el principio central de la Teoría del Derecho natural, como lo hace esta tesis, contiene otras afirmaciones.

Una respuesta, señala Coleman, es la que mantiene que las objeciones de Dworkin son a la versión de positivismo de Hart, pues Dworkin, después de todo, toma sus críticas a Hart como críticas al positivismo en general. De este modo, en palabras de Coleman, en *El modelo de las normas (I)*¹⁴, “Dworkin caracteriza al positivismo jurídico de Hart (y al positivismo en general) en términos de cuatro principios básicos [...] 1) Las normas

¹³ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 360.

¹⁴ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

jurídicas son reglas [...] 2) Las reglas jurídicas se distinguen de otras por haber sido elegidas como tales por una regla de reconocimiento, que Dworkin llama “regla maestra” [...] 3) No hay una conexión necesaria entre Derecho y moral [...] 4) La tesis de la discrecionalidad”¹⁵. Sin embargo, para Coleman, la pregunta sigue siendo si el positivismo está comprometido con los presupuestos esenciales de la versión de Hart. Según Coleman, no hay duda de que el positivismo está comprometido con la tesis de la separación.

Una razón por la cual algunos positivistas han insistido en la distinción entre Derecho y moral es que si bien es cierto que ambos proveen estándares que regulan los asuntos de las personas, no lo es menos que la moral, a diferencia del Derecho, es inherentemente controvertida. Esto es así, porque las personas no están de acuerdo sobre qué prescribe la moral, y además existe incertidumbre sobre los límites de la conducta permitida, así como sobre la naturaleza y el ámbito de las obligaciones morales de unos para con otros. En contraste, para estos positivistas, el Derecho es aparentemente concreto y no controvertido. Si surge una disputa sobre si algo es o no Derecho, existe una decisión precedente que resuelve el asunto. El Derecho se puede conocer y comprobar de esta forma. Dicho de otra manera, mientras que una persona quizás no pueda conocer sus obligaciones morales, sí está segura de lo que el Derecho espera de ella (o puede averiguarlo). El Estado de Derecho, por ejemplo, requiere que el Derecho consista en hechos conocidos y no controvertidos. Y este es el aspecto del Derecho a que el positivismo presta atención.

Se puede alcanzar la misma caracterización del Derecho como “hechos duros” o no controvertidos, adscribiendo al positivismo jurídico las restricciones epistemológicas y semánticas del positivismo lógico sobre hechos legales. Para los positivistas lógicos, en efecto, recuérdese que los juicios morales no tienen sentido porque no pueden verificarse a través de un test no controvertido. En orden a que los enunciados jurídicos tengan significado, deben ser verificados por aquel test (esta es, la concepción epistémica de la regla de reconocimiento). Para tener significado, por tanto, el Derecho no puede ser esencialmente controvertido. Así, según Coleman, para el positivismo el Derecho es un asunto de “hechos duros”. Aunque el propio Coleman advierte que nunca entendió “la distinción entre hechos duros y hechos suaves (otra que epistémicamente puede

¹⁵ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit., pp. 365 y 366.

expresarse como grados de confianza que uno puede tener sobre los hechos), pero [...] uno puede agregar claridad a la discusión sustituyendo “hechos sociales” por “hechos duros”. La afirmación entonces es que el positivismo jurídico está comprometido con el Derecho como consistiendo sólo de (sólo en) “hechos sociales”¹⁶.

Es posible decir que una vez que el positivismo es caracterizado como el punto de vista de que el Derecho consiste en hechos duros, hace que, según Coleman en *Negative and Positive Positivism*¹⁷, la adscripción de Dworkin de ciertos principios básicos al positivismo sea plausible, y sus objeciones a él persuasivas. Pero en *Beyond Inclusive Legal Positivism*¹⁸, respondiendo a una crítica que se hace al positivismo jurídico incluyente que sostiene que hechos morales pueden ser hechos jurídicos, Coleman señala que: “[h]ay muchas razones para no ser persuadidos por esta objeción, pero el problema real es que no hay algo en el positivismo jurídico que implique que los hechos jurídicos deben ser hechos sociales. Hay un argumento por la afirmación de que los hechos jurídicos deben ser hechos sociales, pero no procede de las afirmaciones acerca de la naturaleza del positivismo sino de una afirmación acerca del contenido del concepto de Derecho”¹⁹. Este es el argumento de la autoridad del Derecho de J. Raz que, sin embargo, no es necesario desarrollar aquí porque será expuesto en el capítulo siguiente. En cambio, creo que conviene seguir la exposición de Coleman en el primer artículo citado, sobre la concepción del Derecho como hechos duros.

En primer lugar, dice Coleman, el Derecho para el positivismo consiste en reglas más que en principios. Porque la validez de una regla depende de sus características formales –la manera de su establecimiento–, a diferencia de la validez de un principio moral que sólo depende de su contenido. Si para el positivista estas características formales son hechos duros, la legalidad de las reglas será esencialmente no controvertida. La normatividad legal de los principios, en cambio, será esencialmente controvertida. Segundo, la adjudicación tiene lugar en casos fáciles y difíciles. Los casos simples o paradigmáticos no son controvertidos. La respuesta a ellos es una cuestión de Derecho que está clara, y el juez está obligado a proveerla. En cambio, los casos que caen dentro de la penumbra de la regla general son inciertos. No hay una respuesta no controvertida

¹⁶ Ídem., p. 369.

¹⁷ J.L. COLEMAN, *Negative and positive positivism*, cit.

¹⁸ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit.

¹⁹ Ídem., p. 369.

en el Derecho para ellos, y los jueces deben ir más allá de la ley ejercitando su discreción para resolverlos. En las controversias ante la ausencia de un deber legal, el positivismo está comprometido con la teoría de la discreción. Tercero, el positivismo debe estar comprometido con una regla de reconocimiento en los sentidos epistémico y semántico. La regla de reconocimiento para los positivistas es la práctica social por la cual las proposiciones particulares de Derecho son verificadas.

De este modo, según Coleman, las condiciones de legalidad establecidas en la regla de reconocimiento deben ser de *pedigree* o forma. Pues de otra manera, la norma fallaría al proveer un principio para verificar y adjudicar las afirmaciones que se requieren acerca del Derecho. Finalmente, Derecho y moral son distintos (tesis de la separación) porque el Derecho, a diferencia de la moral, consiste en hechos duros. Desafortunadamente, si la distinción entre Derecho y moral es motivada por el compromiso del Derecho como hechos duros, no controvertidos, el positivismo debe ser abandonado. Porque, según Coleman, como Dworkin correctamente argumenta, el Derecho es controvertido, pues puede implicar cuestiones de obligación y derechos más que de discreción. No hay, dice Coleman, una forma más plausible de entender la concepción que tiene Dworkin del positivismo, y de representar persuasivamente sus argumentos en contra de ella (al menos aquellos de *El modelo de las normas (I)*²⁰).

El resultado es una forma de positivismo positivo que hace una afirmación interesante acerca de la esencia del Derecho –que el Derecho consiste en hechos duros, concretos-. Una afirmación que, sin embargo, en opinión de Coleman, Dworkin muestra que es equivocada. El resto de la línea argumental, por tanto, adscribe al positivismo jurídico una tesis programática o metafísica acerca del Derecho. Es la tesis del Derecho como hechos duros –motivada por los argumentos semántico, epistémico o normativo– que explica no sólo el compromiso del positivismo con la tesis de la separación, sino también su adhesión a otras afirmaciones acerca del Derecho que son la discreción, el modelo de las reglas, y el estándar de legalidad no referido al contenido. El argumento del Derecho como hechos duros que depende del programa positivista del Derecho como algo conocido y comprobable es, para Coleman, problemático.

El positivismo jurídico hace una afirmación conceptual o analítica acerca del Derecho. Esta no debe ser confundida con los intereses programáticos o normativos de

²⁰ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

ciertos positivistas, especialmente Bentham. Irónicamente, dice Coleman, sostenerla es construir una explicación conceptual del Derecho como una teoría normativa particular. Esto es, que incluya a la moral, o la manera en que el Derecho debe ser, en el concepto de Derecho (o en la explicación de la manera en que el Derecho es). En otras palabras, el argumento que adscribe ciertos principios al positivismo en virtud del ideal normativo positivista del Derecho es un error sobre el que debemos llamar la atención y rectificarlo.

El argumento del Derecho como hechos duros depende, no de los intereses programáticos de algunos positivistas, sino de la semántica y epistemología del positivismo lógico, ambos más plausibles e interesantes. La caracterización de Hart de su investigación como un análisis del concepto de Derecho, y la manera de determinar si una norma es Derecho, como si fueran lo mismo, sugiere una combinación de las investigaciones semántica y epistémica del tipo asociado al positivismo lógico. Recordemos a este respecto, dice Coleman, la discusión de Hart sobre el paso de lo “prejurídico” a lo jurídico por la adición de reglas secundarias al conjunto de reglas sociales primarias de obligación. En particular, por la adición de la regla de reconocimiento que resuelve los problemas de falta de certeza. Este es un problema epistémico sobre la determinación de qué normas son Derecho. Además, no se pierda de vista la discusión de Hart sobre la discreción judicial –que se justifica en ausencia de un deber legal-. De cualquier forma, para justificar la adscripción del positivismo al punto de vista de que el Derecho consiste en hechos duros, necesitamos de alguna forma de “verificacionismo”.

El problema con cualquiera de estos argumentos es que la tesis de la separación puede establecer por sí misma un principio fundamental del positivismo sin ninguna motivación posterior. Después de todo, el verificacionismo puede estar mal, y la tesis de la separación ser correcta. Sin caer en contradicción se puede aseverar una (metafísica) posición realista acerca de los hechos legales, y la tesis de la separación. Por otro lado, debe tenerse precaución en adscribir el positivismo jurídico al positivismo lógico, sobre la base de que ambos son formas de positivismo. De otra manera, se puede estar “tentado” en adscribir el realismo metafísico o científico al realismo jurídico sobre la misma base. Lo que, hay que decirlo al menos, podría ser “absurdo”. Esto es así, explica Coleman en una nota al pie²¹, porque el realismo jurídico es escéptico acerca de la existencia de los

²¹ J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, cit., p. 148, nota 7.

hechos legales. Estos son “creados” por la acción oficial. Ellos no están “allá afuera” para ser descubiertos por los jueces. El realismo científico o metafísico, en cambio, mantiene el punto de vista contrario sobre los hechos.

En todo caso, para Coleman, el positivista debe abandonar el positivismo negativo. Esto es así, en palabras de Coleman, porque: “[h]ay algo insatisfactorio acerca de una Teoría del Derecho que no haga una afirmación positiva acerca del Derecho. De hecho, uno debe proponer como una condición adecuada que cualquier Teoría del Derecho debe tener un punto acerca del Derecho. El positivismo negativo falla en satisfacer esta condición adecuada. La [T]eoría del Derecho natural satisface esta condición adecuada aseverando que en cada sistema jurídico concebible la moral verdadera es una condición necesaria de legalidad –al menos para algunas normas-. Desde que esto consiste en la negación de esta afirmación, el positivismo negativo no hace aseveración alguna acerca de qué es verdad para el Derecho en cada sistema jurídico concebible. El punto de vista de Dworkin correctamente adscribe a Hart, pero incorrectamente al positivismo en general, que el punto del positivismo es que el Derecho consiste en hechos duros como una condición adecuada [...] [Por ello, Coleman ofrece] una versión alternativa de positivismo, que, como la concepción del Derecho como hechos duros, es una forma de positivismo positivo. [Esta] forma de positivismo positivo [...] tiene, como su punto, no que el Derecho es no controvertido sino que el Derecho es en última instancia convencional: que la autoridad del Derecho es un asunto de su aceptación por los funcionarios”²².

Es bien sabido, señala Coleman, que uno puede enfrentar las objeciones de Dworkin al positivismo avanzadas en *El modelo de las normas (I)*²³ construyendo una regla de reconocimiento (en sentido semántico) que permita que los principios morales, así como las reglas, sean estándares jurídicos obligatorios. Incluso, si algunos principios morales son jurídicamente obligatorios, no cualquier principio moral es jurídico. Por lo tanto, debe existir un test para distinguir los principios morales que son jurídicamente obligatorios de aquellos que no lo son. La característica de los principios morales jurídicamente obligatorios, que los distingue de aquellos que no lo son, puede ser capturada por una cláusula de la regla de reconocimiento. En otras palabras, una regla es una regla jurídica si posee la característica *C*. Un principio moral es un principio jurídico

²² Ídem., p. 148.

²³ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

si posee la característica *CI*. La regla de reconocimiento, entonces, establece que una norma es jurídica si y sólo si posee *C* o *CI*. Una vez que esta regla de reconocimiento es formulada, todo lo que Dworkin adscribe al positivismo, incluso el modelo de las reglas, sobrevive. La regla de reconocimiento (semántica) se mantiene, puesto que una norma es jurídica si satisface las condiciones de legalidad establecidas en la regla de reconocimiento. La tesis de la separación también se sostiene, porque no todo sistema jurídico concebible tiene en su regla de reconocimiento la cláusula *CI*. Esta es una cláusula que establece las condiciones de legalidad para algunos principios morales. O si tiene dicha cláusula, existe al menos un sistema jurídico concebible en que ningún principio la satisface.

Finalmente, el argumento de la discreción judicial –que no depende de la controversia sino de la exhaustividad de los estándares jurídicos- también es defendible. Porque sólo un determinado número de estándares posee *C* o *CI*. Entonces, un caso puede no caer dentro de un estándar jurídico que sea adecuado para la resolución. Así, los jueces deben apelar a estándares no legales para resolver. Dado el punto de vista de Dworkin sobre el positivismo, como el Derecho consistiendo en hechos duros, él podría simplemente objetar a esta línea de defensa, que la regla de reconocimiento formada por la conjunción de las condiciones de legalidad para principios y reglas no podría ser una regla de reconocimiento en el sentido positivista. Esto es así, porque la referencia a la moral podría hacerla inherentemente controvertida. Puesto de otra forma, una regla de reconocimiento controvertida no puede ser una regla de reconocimiento en sentido epistémico. No podría proveer un principio de verificación. Por esta razón, no podría ser una regla de reconocimiento en sentido positivista.

Interesantemente, dice Coleman, ese no es el argumento que Dworkin avanza. Él argumenta que una regla de reconocimiento de este tipo no puede constituir una regla de reconocimiento en sentido positivista. Además, tal regla sería inherentemente controvertida. Pero el argumento no termina con la alegación de que tal regla debe ser controvertida. El carácter controvertido de la regla es importante para Dworkin, no porque sea incompatible con el Derecho como hechos duros ni porque una regla controvertida no pueda depender de un principio de verificación, sino porque la regla de reconocimiento controvertida no puede ser una regla social. Una regla de reconocimiento controvertida no puede ser convencional, o una cuya autoridad dependa de su aceptación. Ya se dijo que Coleman distingue entre dos tipos de restricciones que pueden ser impuestas a la regla

de reconocimiento. Aquellas que tienen que ver con condiciones sustantivas de legalidad, y las que se refieren a la autoridad de la regla de reconocimiento en sí misma. La diferencia entre los argumentos de Dworkin en contra del positivismo en *El modelo de las normas (I)*²⁴ y *El modelo de las normas (II)*²⁵ es que, en el primero, la versión de positivismo que objeta está constreñida en la primera forma –la legalidad debe ser determinada por un test no de contenido sino de *pedigree*–, mientras que la versión de positivismo que objeta en *El modelo de las normas (II)*²⁶ está constreñida en la segunda forma –la autoridad de la regla de reconocimiento debe ser un asunto de convención–. En contra de esta última versión de positivismo, esto es, el Derecho como convención, Dworkin, dice Coleman, avanza cuatro argumentos relacionados, ninguno de los cuales, en su opinión, es convincente. Estos son (1) el argumento de la regla social, (2) el argumento de *pedigree*, (3) el argumento controvertido, y (4) el argumento moral.

En relación con el argumento de la regla social, quizás lo primero que convenga advertir, según Coleman, es que las obligaciones legales son impuestas por normas jurídicas válidas. Una regla o principio son válidos si satisfacen las condiciones de legalidad establecidas en la regla de reconocimiento. La pregunta que Dworkin alza en *El modelo de las normas (II)*²⁷ concierne a la naturaleza de los deberes bajo la regla de reconocimiento en sí misma. Esto es ¿la regla de reconocimiento impone deberes sobre los jueces porque la aceptan o porque la regla es defendible sin una más comprensiva Teoría del Derecho moral? Para Dworkin esta es la pregunta de si la regla de reconocimiento es una regla social o bien, una regla normativa. El primer argumento de Dworkin en ese artículo contra el positivismo del Derecho como convención es que la teoría de la regla social provee una inadecuada teoría general del deber.

El argumento es este. De acuerdo con la teoría de la regla social un individuo tiene una obligación de actuar en una forma particular sólo si (1) hay una práctica general de actuar en esa forma, y (2) la regla construida conforme a esa práctica es aceptada desde un punto de vista interno. Aceptar una regla desde este punto de vista es usarla normalmente como proveyendo razones para actuar de acuerdo con ella, y para criticar las desviaciones. Pero como Dworkin correctamente nota, dice Coleman, puede haber

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (II)” (1972), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit., pp. 102-145.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

deberes incluso donde no exista una práctica social o bien, donde prevalezca una práctica en contrario. Esta sólo es otra forma de decir que no todo deber es de moral convencional. Si la tesis positivista es que la teoría de la regla social provee una adecuada explicación sobre la fuente de todos los deberes no institucionales o sobre el significado de todas las afirmaciones acerca de tales deberes, para Coleman, está equivocada. No todos los deberes son impuestos por reglas convencionales. Afortunadamente, señala Coleman, la versión de positivismo del Derecho como convención no hace tal afirmación. La pregunta no es si la teoría de la regla social es adecuada para una explicación general de los deberes. Es, en cambio, si la teoría explica el deber de los jueces bajo la regla de reconocimiento. Una inadecuada teoría general de la obligación puede ser una adecuada teoría del deber judicial. Donde uno toma seriamente el argumento de la regla social, puede equivaler a la afirmación de que la regla de reconocimiento no es una regla social y, por lo tanto, que las obligaciones bajo ella no pueden ser de moral convencional, simplemente porque no toda regla que impone un deber es una regla social.

Al respecto del argumento de *pedigree*, por otro lado, Coleman señala que las objeciones que Dworkin hace en contra de la teoría de la regla social de la obligación judicial dependen, en parte, de los argumentos de *El modelo de las normas (I)*²⁸. Ya se dijo que frente a la objeción que Dworkin formula en ese artículo, Coleman construye una regla de reconocimiento que establece distintas condiciones de legalidad para las reglas (C) y para los principios morales (CI). Abreviemos esta regla como “C + CI”. La afirmación de Dworkin es que tal regla no puede ser una regla social. El argumento es este. La verdad de las condiciones en “C + CI” hace referencia a los principios, así como a las reglas jurídicas. A diferencia de las reglas jurídicas, los principios morales no pueden ser identificados por su *pedigree*. Porque para determinar qué principios morales de una comunidad son jurídicos nos debemos fijar en el contenido de los principios, y esta será una cuestión de alguna controversia. Pero si hay una controversia sustantiva, entonces no podrá haber una convergencia de comportamiento suficiente que especifique una regla social. Una regla de reconocimiento que haga referencia a la moral —el tipo de regla de reconocimiento que construimos, dice Coleman, para dar la vuelta a las objeciones de Dworkin en *El modelo de las normas (I)*²⁹— puede no ser una regla social, por lo tanto, puede no ser una regla de reconocimiento en sentido positivista.

²⁸ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

²⁹ *Ibídem*.

El argumento “se mueve muy rápido”, dice Coleman. No cualquier referencia que la regla de reconocimiento haga a la moral es inherentemente controvertida. Esto se sigue del hecho de que “*C + CI*” se refiera a principios morales cuya legalidad pueda determinarse por características de *pedigree*. Si un principio moral es un principio jurídico dependerá, por ejemplo, de si es mencionado en los preámbulos de la legislación. O *CI* puede establecer que un principio moral es un principio jurídico sólo si es compartido por los miembros de la comunidad. Dicho de otra forma, la legalidad de un principio moral puede ser determinada por algunas de sus características que no guardan relación con el contenido. En estos casos, determinar qué principios morales son jurídicamente obligatorios no será más controvertido que identificar qué reglas son jurídicas. Por ello, no cualquier referencia a la moral puede hacer de la regla de reconocimiento controvertida. En cambio, algunas formas de identificar qué principios morales de la comunidad son Derecho, sí.

Supongamos que *CI* hace que la moral verdadera sea una condición de legalidad. Entonces, un principio moral podrá no ser parte del Derecho de la comunidad a menos que sea verdadero. Cualquier regla de reconocimiento que haga de la moral verdadera una condición de legalidad puede ser controvertida. Una regla de reconocimiento controvertida resulta en divergencias de comportamiento suficientes para restringir su afirmación de ser una regla social. Si una regla de reconocimiento no es una regla social, no puede ser una regla de reconocimiento en sentido positivista. No toda posible regla de reconocimiento, por lo tanto, puede ser una regla social. Por ejemplo, “el Derecho es lo que sea la moral correcta” nunca podrá ser una regla de reconocimiento en sentido positivista. Porque el positivismo, según Coleman, del tipo que pretende defender sostiene que el Derecho es en cualquier parte convencional –que (en el lenguaje de la discusión) la regla de reconocimiento en cualquier comunidad es una regla social–.

En relación con el argumento controvertido, Coleman insiste en que la pregunta de Dworkin es si la regla de reconocimiento en toda jurisdicción es una regla social o bien, una regla normativa. Es decir, si impone un deber porque es aceptada o porque es verdadera. La tesis convencional es el punto de vista de que, en cualquier comunidad, la regla de reconocimiento es una regla social. En cambio, ya se dijo que el positivismo negativo es el punto de vista de que, en al menos alguna comunidad concebible, la regla de reconocimiento es una regla social. La Teoría del Derecho natural, por su parte, es el punto de vista de que, en cualquier sistema jurídico concebible, la regla de reconocimiento

es una regla normativa. Esta también es la postura de Dworkin. Por ello, se le ha ubicado en la tradición del Derecho natural. Si relacionamos este argumento controvertido con el de *pedigree*, de acuerdo con Coleman, podríamos sostener que el argumento de *pedigree* es compatible con algunas reglas de reconocimiento que son reglas normativas, mientras que otras pueden ser reglas sociales.

Por ejemplo, una regla de reconocimiento que no haga referencia a la moral o, si la hace, que se refiera sólo a aspectos de no contenido de los principios morales, puede, por todos los argumentos previamente mostrados, seguir siendo una regla social. Si estuviera, como los argumentos de Dworkin, basada en la naturaleza controvertida de las reglas de reconocimiento que se refieren a la moral, sería inadecuada para establecer la teoría normativa del Derecho. Para Dworkin, ya se dijo que la regla de reconocimiento es una regla normativa. Y, según Coleman, el argumento de Dworkin es el siguiente. Cualesquiera que sean las específicas condiciones de legalidad establecidas en ella, toda regla de reconocimiento será controvertida en algún punto. Por ejemplo, una regla que no haga referencia a la moral puede ser de todos modos controvertida en lo concerniente al peso que se le debe dar al precedente, o la pregunta de si –y si es así, en qué extensión- la presente legislatura puede obligar a la futura. Aunque la regla no sea por sí misma controvertida, pueden serlo instancias particulares.

Donde la regla de reconocimiento sea una regla social, no puede imponer deberes a los jueces en tales casos controvertidos. La existencia de los deberes judiciales en casos controvertidos sólo puede ser explicada interpretando la regla de reconocimiento como una regla normativa. Este argumento depende del hecho de que incluso reglas de reconocimiento que no son controvertidas, pueden tener aplicaciones controvertidas. En estos casos, la interpretación como regla social de la regla de reconocimiento puede no contar para las obligaciones impuestas a los jueces. Esto es así porque recuérdese que, en la teoría de la regla social, las obligaciones derivan de una práctica convergente. Y en aquellos casos todavía no resueltos, no existe tal práctica convergente o bien, una opinión de la que derive la obligación. La pregunta, sin embargo, sigue siendo si la regla de reconocimiento es una regla social o bien, una regla normativa. Si impone obligaciones en casos controvertidos, no puede ser una regla social. Por lo tanto, si la regla de reconocimiento impone un deber a los jueces en casos controvertidos debe ser una regla normativa. Si la regla de reconocimiento en toda comunidad es una regla normativa, las

obligaciones de los jueces bajo ella son de moral crítica más que de moral convencional. Y en última instancia la autoridad del Derecho es una cuestión moral, no de convención.

El argumento es que los jueces están sujetos a un deber bajo la regla de reconocimiento, incluso, en casos controvertidos. El positivismo está comprometido con la discreción judicial en tales casos y, por lo tanto, dice Coleman, es incapaz de explicar la fuente o la naturaleza del deber. La teoría de la regla social sería incapaz de explicar la obligación judicial en casos controvertidos. Una respuesta del positivista al argumento de Dworkin, es negar que en tales casos los jueces están sujetos a un deber. Y de esta manera, la teoría de la regla social para dar cuenta del deber judicial podría no ser problemática. Dworkin, sin embargo, niega la plausibilidad de esta respuesta, afirmando que, para el positivista, el Derecho es como un juego en que los participantes están de acuerdo de antemano. De este modo, no hay una respuesta correcta ni deberes donde haya una controversia o existan dudas sobre los requerimientos de la regla. La analogía con un juego se supone que es para “avergonzar” al positivismo, pero no es necesario.

Cualquiera, dice Coleman, incluso superficialmente familiarizado con el trabajo de Hart sabe que el conjunto de ejemplos que traza para ilustrar sus afirmaciones acerca de las reglas, el Derecho, o la naturaleza de la adjudicación está basado en juegos como el baseball o el ajedrez. Entonces, para el positivista es bienvenida la analogía con los juegos. Si esto se avanza para sostener o para criticar al positivismo, la analogía alegada de los juegos es insatisfactoria. Un punto de vista más interesante es suponer, con Dworkin, señala Coleman, que los jueces pueden estar obligados por la regla de reconocimiento, incluso en sus aplicaciones controvertidas, y entonces preguntar si, a diferencia de los argumentos de Dworkin en contrario, la teoría de la regla social puede explicar este aspecto del Derecho.

El hecho de que Dworkin tome las obligaciones judiciales en casos que envuelvan aplicaciones controvertidas de la regla de reconocimiento como de moral crítica, a diferencia de una práctica convencional, ilustra el argumento moral. A diferencia de los argumentos previos este, según Coleman, es directo y afirmativo en el sentido de que, en lugar de tratar de establecer lo inadecuado de la teoría de la regla social, su propósito es proveer un soporte directo a la interpretación normativa de la regla de reconocimiento. Al resolver casos difíciles o controvertidos bajo la regla de reconocimiento, los jueces no citan típicamente la práctica o las opiniones de otros jueces. Precisamente porque estos

casos son controvertidos, no existe una práctica convergente que los jueces puedan citar. En cambio, para resolver estos casos, los jueces apelan típicamente a principios de moral política. Por ejemplo, para determinar qué tanto peso darle al precedente, los jueces pueden aplicar concepciones alternativas de justicia. Si, como la teoría de la regla social afirma, la fuente del deber judicial depende de la regla o principio que el juez cita como su base, las fuentes de la obligación judicial en estos casos controvertidos son los principios de moral política. El deber de los jueces en casos controvertidos sólo puede ser explicado si la regla de reconocimiento es una regla normativa, cuya autoridad depende de sus méritos morales. Esto es, cuya normatividad, en otras palabras, depende de un argumento moral precisamente del tipo al que los jueces aparentemente están sujetos.

En suma, de acuerdo con Coleman, Dworkin tiene tres distintos y “poderosos” argumentos en contra del positivismo del Derecho como convención. Cada uno tiene diferente carácter y fuerza. El argumento de *pedigree* es que la regla de reconocimiento que hace referencia al contenido de principios morales como condición de su legalidad puede suponer controversia. No puede ser una regla social y, por lo tanto, una regla de reconocimiento en sentido positivista. El argumento es débil, según Coleman, en el sentido de que, “incluso si suena”, puede ser inadecuado para establecer el enfoque normativo de la regla de reconocimiento. Sólo reglas de reconocimiento controvertidas fallan en ser reglas sociales. Y, por todo lo mostrado por el argumento, reglas de reconocimiento no controvertidas pueden ser reglas sociales. El argumento más general sobre la controversia aparentemente llena el vacío dejado por el argumento de *pedigree*. Aquí la idea no es que toda regla de reconocimiento sea sistemáticamente controvertida. En cambio, el argumento depende del hecho de que incluso reglas de reconocimiento no controvertidas pueden tener instancias controvertidas.

La teoría de la regla social no puede contar para la obligación judicial en caso de controversia. Si la regla de reconocimiento impone una obligación a los jueces en casos controvertidos, como Dworkin presume que lo hace, de la obligación se puede dar cuenta sólo si la regla es una normativa cuya capacidad para imponer el deber no depende de una conducta u opinión convergente. El punto del argumento puede ser puesto en términos débiles o fuertes. Simplemente se puede decir que las obligaciones en casos controvertidos existen, y que el positivismo no puede dar cuenta de ellas. O se puede poner el punto en términos de la Teoría del Derecho natural como la afirmación de que los deberes que existen son de moral crítica, a diferencia de una práctica convencional.

El argumento moral es que, al resolver casos difíciles, los jueces aparentemente lo hacen en principios de moral política, a diferencia de una práctica social convergente. Los jueces creen que están obligados a resolver estas controversias y, más importante, que su deber de resolverlas en una u otra forma depende de los principios morales a los que ellos apelan.

Dicho esto, Coleman se refiere a la distinción entre convención y controversia. Al respecto, señala que cada una de las objeciones a la teoría de la regla social puede ser enfrentada. Consideremos primero el argumento de *pedigree*, que como ya se dijo es la afirmación de que la regla de reconocimiento que se refiere a la moral –que tiene la cláusula *CI* satisfecha por alguna norma- será controvertida y, por tanto, no puede ser una regla de reconocimiento social. Supongamos que la cláusula en la regla de reconocimiento establece “el Derecho es cualquier cosa que sea moralmente correcta”. La controversia para los jueces no tiene que ver con el contenido de la regla de reconocimiento por sí misma. Se refiere, en cambio, a qué normas satisfacen los estándares establecidos en ella. La divergencia en el comportamiento entre los funcionarios como ejemplo de su identificación de diferentes estándares como jurídicos no establece su fallo en aceptar la misma regla de reconocimiento. Por el contrario, los jueces aceptan la misma condición para las proposiciones de Derecho, esto es, que el Derecho consiste en la moral verdadera. Ellos no están de acuerdo acerca de qué proposiciones satisfacen estas condiciones. Mientras que puede no haber acuerdo sobre qué estándares son jurídicos –desde que no exista acuerdo sobre el estándar para determinar la verdad de un principio moral- hay un acuerdo completo entre los jueces concerniente al estándar de legalidad. Que los jueces busquen diferentes conclusiones sobre el Derecho de la comunidad no significa que ellos estén empleando diferentes estándares de legalidad. Desde que el desacuerdo concierne a qué principios satisfacen la regla de reconocimiento presupone que los jueces aceptan la misma regla de reconocimiento. El tipo de controversia a que se refiere el argumento de *pedigree* es compatible, entonces, con la aproximación convencionalista de la autoridad de la regla de reconocimiento.

Notemos, sin embargo, advierte Coleman, que donde entendamos la regla de reconocimiento epistémicamente puede ser problemática, puesto que la regla de reconocimiento propuesta puede ser incapaz de proveer un test para identificar las normas jurídicas. Esto sólo llama nuestra atención una vez más sobre la importancia de distinguir

entre las interpretaciones epistémica y semántica de la regla de reconocimiento, así como sobre la necesidad de insistir en su interpretación. La frase “controversia en la regla de reconocimiento” es ambigua. La controversia puede depender, como en el caso anterior, sobre qué normas satisfacen las condiciones de legalidad establecidas en la regla de reconocimiento. O puede depender de las condiciones de legalidad establecidas en la regla de reconocimiento. Los casos del primer tipo son aquellos que Dworkin asigna a la regla de reconocimiento que incluye una cláusula especificando condiciones de legalidad para principios morales. Estos casos no son problemáticos, porque la controversia presupone un acuerdo sobre la aceptación de la regla de reconocimiento. En contraste, la afirmación de que toda regla de reconocimiento será controvertida en algunos de sus detalles es precisamente la afirmación de que, en algunos casos, la controversia dependerá del contenido o de la formulación apropiada de la regla de reconocimiento por sí misma. La pregunta es si los jueces pueden decir que están aplicando la misma regla. Desde que la teoría de la regla social requiere que la formulación de la regla de reconocimiento sea especificada por el comportamiento o la creencia convergente, la controversia concerniente a la formulación de la regla significa que no puede ser una regla social y, por lo tanto, una regla de reconocimiento en sentido positivista.

Una forma de interpretar la afirmación de Dworkin es que, si existe controversia en la formulación apropiada de la regla, esta no puede ser una regla social o convencional. Esto, dice Coleman, es contraintuitivo, puesto que todas las reglas –convencionales o de moral crítica- son vagas en algunos puntos y, por lo tanto, su aplicación en ciertos contextos será controvertida. Como se acaba de decir, para Dworkin, la existencia de controversia es incompatible con la idea de regla social. Y, de este modo, ninguna regla podría ser una regla social. Sin embargo, una lectura más plausible de la obra de Dworkin, señala Coleman, es que no se refiere a la existencia de las reglas sociales. En cambio, su afirmación es que estas no pueden contar para los deberes más allá de una práctica convergente. Con respecto a la regla de reconocimiento, la teoría de la regla social no puede contar para la obligación de los jueces para dar la formulación correcta de la regla de reconocimiento en sus instancias controvertidas. Sólo una interpretación normativa de la regla de reconocimiento podría explicar el deber en los casos de opiniones o conductas divergentes, puesto que el deber, de acuerdo con la teoría normativa, no deriva de una práctica convergente sino de un argumento moral.

Así, según Coleman, los argumentos de Dworkin son los siguientes. 1. Toda regla de reconocimiento será controvertida con respecto a la naturaleza y ámbito de las obligaciones que impone. 2. Sin embargo, en la resolución de disputas, los jueces están obligados a dar la respuesta correcta. 3. La teoría de la regla social no puede dar cuenta de la obligación de los jueces en 2. 4. Si el positivismo está comprometido con esta teoría, no puede dar cuenta de la obligación judicial en 2. 5. En consecuencia, sólo una teoría normativa del Derecho, en la que el deber de los jueces depende de un argumento moral y no de una práctica convergente, puede dar cuenta del deber judicial en 2.

Coleman sugiere que el positivista podría responder negando la verdad de 2. Esto es, que los jueces están obligados en casos controvertidos, aunque su opinión o comportamiento sean divergentes. Hart, por su parte, dice Coleman, niega 2. Y aparentemente lo hace porque acepta 3. Que niegue 2 se hace evidente por su caracterización de este tipo de casos como envolviendo “no certeza en la regla de reconocimiento”. Si un positivista negara 2 para enfrentar las objeciones de Dworkin sobre la base de que acepta 3, sería justo acusarlo de evadir la cuestión. El positivista negaría la existencia de la obligación judicial, simplemente porque su teoría no puede dar cuenta de ella. En cambio, desde un punto de vista “estratégico”, sería mejor dejar abierta la cuestión de si tales deberes existen, a diferencia de negar la posibilidad de su existencia como consecuencia de la incapacidad de su teoría. De otra forma, ningún argumento que haga concebible la existencia de tales deberes tendría el efecto de negar la teoría.

No debe perderse de vista, sin embargo, señala Coleman, que Dworkin está guiado por una posición análoga, puesto que su argumento por la teoría normativa del Derecho requiere que los jueces estén bajo obligaciones en cada caso controvertido concebible. La teoría de la regla social lógicamente niega la obligación judicial en tales casos, la teoría normativa los requiere. Ambas Teorías del Derecho fallarán, según Coleman, sólo en el caso de que la existencia del deber judicial en casos controvertidos envolviendo a la regla de reconocimiento sea un aspecto contingente del Derecho. En otras palabras, si nos damos cuenta de que en algunos sistemas jurídicos los jueces tienen la obligación de proveer una formulación particular de la regla de reconocimiento cuando la controversia dependa de su formulación apropiada, quizás en otros sistemas jurídicos tal deber no existe y los jueces están libres de ejercer discreción –al menos hasta que una u otra formulación sea sostenida- y, en este supuesto, ambas, la teoría que lógicamente niega los deberes judiciales en todos los casos controvertidos, y aquella que lógicamente

establece tales deberes, fallan. Negar, pues, la existencia de los deberes es una estrategia que no le servirá al positivista.

Una alternativa sería admitir la existencia del deber en algunos casos, pero rindiendo a la teoría de la regla social de acuerdo con la cual la naturaleza y el ámbito del deber son completamente especificados por una práctica convergente, en favor de alguna otra teoría concerniente a la manera en que las reglas convencionales o sociales dan lugar a los deberes. Esta es una línea de argumentación que, dice Coleman, no está preparado para discutir. Pero advierte que una fundamentación teórica para una alternativa al estándar de la teoría de la regla social, es la idea de que los deberes impuestos por reglas sociales o convencionales son el resultado de expectativas que dependen de esfuerzos de un comportamiento coordinado. Estas podrían extenderse más allá del área de una práctica convergente, en cuyo caso las obligaciones que una regla social impone podrían cubrir casos controvertidos y no controvertidos.

Una estrategia alternativa se sigue del hecho de que la teoría de la regla social restringe el deber impuesto al área de una práctica convergente. Desde este punto de vista, si la controversia depende de la regla de reconocimiento por sí misma, de ahí no se sigue que los jueces estén libres de ejercitar discreción para proveer una formulación a la regla. Qué cuenta no es si la controversia existe, sino si hay una práctica entre los jueces de resolver las controversias en una forma particular. Y para responder a la pregunta de si tal práctica existe, no miramos a la regla de reconocimiento –cuyas condiciones de legalidad presumiblemente están en disputa- sino si la regla social está constituida por el comportamiento de los jueces en la aplicación de la regla de reconocimiento. Si un deber existe dependerá, en parte, de si los jueces han desarrollado una aceptación de la práctica social resolviendo estas controversias en una forma particular.

Supongamos que, en aplicación de la regla de reconocimiento, los jueces tienen que desarrollar una práctica para resolver las instancias controvertidas de aquella. Supongamos además que, en algunas jurisdicciones, por ejemplo, en los Estados Unidos e Inglaterra, los jueces resuelven tales disputas, como Dworkin cree que lo hacen, esto es, proveyendo argumentos de principio. Entonces para determinar, por ejemplo, si y en qué extensión la Corte Suprema puede revisar la constitucionalidad de la legislación federal, los jueces argumentan con principios de moral política, como el de la separación de poderes. De acuerdo con Dworkin, tenemos una controversia en la regla de

reconocimiento por sí misma, que los jueces requieren resolver en la forma apropiada. Y la obligación de los jueces deriva de principios morales que constituyen el mejor argumento. Esta es la esencia de lo que, dice Coleman, ha referido como el “argumento moral”. Y esto muestra que la regla de reconocimiento es una regla normativa, y no una regla social. Para el positivista tradicional, tendremos un caso en que ninguna obligación existe. Un caso en que el recurso de los jueces a los principios de moral política necesariamente envuelve el ejercicio de discreción. Pero ambas posiciones, según Coleman, están equivocadas. Si, como Dworkin supone, los jueces como regla general miran los principios morales al resolver aspectos controvertidos de la regla de reconocimiento, entonces entre ellos existe una práctica de resolver los aspectos controvertidos de la regla de reconocimiento en esa forma. Esto es, como un argumento moral sugerido por los jueces de Estados Unidos e Inglaterra. Si esta es, de hecho, la práctica de los jueces en democracias constitucionales como las nuestras –que es como el argumento de Dworkin debe ser tomado seriamente-, y si la práctica es críticamente aceptada por los jueces, entonces es un deber legal incluso en casos controvertidos. Un deber que no deriva de los principios que los jueces citan (como piensa Dworkin) sino de su aceptación como práctica de resolución de aquellas disputas a través del ofrecimiento de un argumento moral sustantivo.

Los argumentos de Dworkin muestran que así es como los jueces tienen que adoptar críticamente la práctica que gana el mejor argumento moral, que explica su apelación a principios morales sustantivos y, contrariamente a los positivistas tradicionales, su deber. Lo que para Dworkin es evidencia de una teoría normativa de la regla de reconocimiento, para Coleman, en cambio, es evidencia de la existencia de una práctica social entre los jueces para resolver tales disputas en una forma particular. Una práctica que especifica parte de la regla social del comportamiento judicial. La apelación al argumento moral sustantivo es, entonces, perfectamente compatible con la aproximación convencionalista del Derecho. Para argumentar que esto es así, no es necesario establecer que esta aproximación es también consistente con la teoría normativa del Derecho. Uno podría sostener, dice Coleman, que este argumento sólo muestra que las afirmaciones de Dworkin, que se refieren a la naturaleza controvertida del Derecho, y a la apelación a principios morales para resolver controversias, son inadecuadas para desestimar al positivismo.

Por ello, dice Coleman, necesitamos otras razones para escoger entre las teorías normativas y convencionales del Derecho. Dworkin, señala Coleman, ha aplicado el “*acid test*” al positivismo. Es decir, cuestiona si este podría explicar el comportamiento judicial en jurisdicciones, tales como las de Estados Unidos e Inglaterra, en que los abogados y jueces creen que las controversias en la regla de reconocimiento deben ser resueltas, no por la discreción, sino por el argumento de principio. Todas sus afirmaciones tienen el efecto de que el positivismo no puede dar cuenta de las expectativas de los abogados o del comportamiento de los jueces. Esto es así, porque el positivismo está comprometido con la discreción donde quiera que las controversias surjan. Si la controversia surge en una regla subordinada a la regla de reconocimiento, el positivismo está comprometido con la discreción en virtud de la teoría del lenguaje que adopta. Esta enfatiza la diferencia entre “núcleo” y “penumbra” en los términos generales. Si la controversia surge en la regla de reconocimiento en sí misma, el positivismo también está comprometido con la discreción, porque la regla de reconocimiento es una regla social especificada por el comportamiento de los jueces. Y una regla social puede imponer una obligación sólo en la extensión de comportamientos convergentes. Esto es, sólo en la ausencia de controversia. Coleman ha argumentado, en contra de Dworkin, que el positivismo puede, de hecho, contar para las obligaciones de los jueces en instancias controvertidas de la regla de reconocimiento, desde que la existencia de una controversia no niega la existencia de conformidad con la práctica para resolverla. De este modo, para Coleman, ni la existencia de controversia ni la apelación al argumento moral en ciertas jurisdicciones como necesaria para su resolución, son incompatibles con el positivismo del Derecho como convención.

¿Qué es entonces, se pregunta Coleman, el “*acid test*”? Para que la teoría normativa del Derecho sea correcta, los jueces bajo una obligación legal deben resolver las controversias que se presenten en toda regla de reconocimiento concebible a través de un argumento moral sustantivo. Esto es así, porque la versión de la teoría normativa de Dworkin sostiene la existencia del deber judicial en todos los casos, y porque la resolución de las disputas debe envolver un argumento moral. Después de todo, si la regla de reconocimiento es, como Dworkin afirma, una regla normativa, entonces su autoridad descansa en un argumento moral, y la resolución de las disputas concierne a su ámbito. Donde los jueces hagan cualquier otra cosa, la autoridad de la regla de reconocimiento no será un asunto de sus méritos morales. Entonces, en tales jurisdicciones, tenemos una

razón para creer que los jueces no tienen obligación alguna al resolver las controversias sobre la regla de reconocimiento. El “*acid test*” real parece ser la pregunta de si las obligaciones judiciales constituyen un aspecto necesario del Derecho que, en toda jurisdicción, es impuesto por un principio moral. Mientras la existencia de tales deberes sea un aspecto contingente del Derecho, como es el deber de resolver las disputas apelando al argumento moral, la teoría normativa del Derecho es una aproximación menos plausible que la teoría convencionalista.

De hecho, parece sencillamente falso, puesto que podemos imaginar sistemas jurídicos no maduros (que son sistemas jurídicos de cualquier forma) en que ninguna práctica para resolver disputas en la regla de reconocimiento se ha desarrollado todavía. O podemos imaginar el desarrollo de prácticas considerablemente menos atractivas para resolver tales disputas. En el primer tipo de sistema jurídico, parece extraño decir que los jueces están jurídicamente obligados a resolver tales disputas (aunque ellos siempre estuvieran moralmente obligados a hacerlo), desde que ninguna práctica se ha desarrollado todavía. Eventualmente, tal práctica es probable que se desarrolle, y el margen de discreción judicial se reduciría mientras la práctica se extiende y se convierte en críticamente aceptada. Como el segundo ejemplo muestra, la práctica que finalmente se desarrolla no necesita identificarse con la práctica judicial en Estados Unidos e Inglaterra. Como la discreción judicial se reduce en el margen en que la obligación judicial se expande, puede hacerlo en una forma que sea considerablemente menos atractiva que el argumento moral. De este modo, para Coleman, el positivismo del Derecho como convención entiende los deberes judiciales como un aspecto contingente del Derecho, que puede ser explicado por la aceptación crítica de una práctica para la resolución de disputas, a diferencia de principios morales que los jueces bajo un tipo de práctica pueden citar.

En definitiva, según Coleman, Dworkin hace tres observaciones correctas acerca de la naturaleza controvertida de algunos estándares jurídicos. 1. Un sistema jurídico puede (y lo hace en los Estados Unidos e Inglaterra) reconocer ciertos estándares como parte de su Derecho, incluso si son “esencialmente controvertidos”, en el sentido de que puede haber desacuerdos entre los jueces sobre cuáles son, y no hay una decisión precedente, incluso un principio, que pueda demostrar qué son, y así resolver los desacuerdos. 2. Entre tales estándares jurídicos esencialmente controvertidos hay principios morales que deben su estatus como Derecho por ser “verdaderos” principios

morales, y su “verdad” no puede ser demostrada por test alguno. 3. La disponibilidad de tales principios controvertidos llena los “huecos” dejados por las fuentes ordinarias del Derecho, que pueden ser parcialmente indeterminadas, vagas o conflictivas. Por ello, al menos, con respecto a la resolución de disputas que envuelven estándares subordinados a la regla de reconocimiento, los jueces nunca ejercen un poder de creación de Derecho o “discreción” para llenar los huecos o para remover la indeterminación si tales principios morales son parte del Derecho.

En lo que va de la exposición, dice Coleman, se han trazado algunas distinciones entre tres versiones de positivismo, y discutido su relación con estas afirmaciones de Dworkin. (1) “positivismo negativo”, el punto de vista de que los sistemas jurídicos no necesitan reconocer como Derecho estándares morales “controvertidos”, (2) “positivismo positivo de hechos duros”, el punto de vista de que los estándares controvertidos no pueden ser considerados como Derecho y, de ahí, que rechace los tres argumentos de Dworkin, y (3) “positivismo positivo como regla social”, que sólo insiste en el estatus convencional de la regla de reconocimiento, pero acepta los tres argumentos de Dworkin. Dado que la inclusión de principios morales controvertidos no es un aspecto necesario del concepto de Derecho, los argumentos de Dworkin según los cuales tales principios figuran en la práctica judicial de Estados Unidos e Inglaterra, son inadecuados para debilitar la ya de por sí débil afirmación del positivismo negativo. Por otro lado, si Dworkin está en lo cierto –y Coleman se inclina a pensar que sí– al sostener que los principios morales controvertidos algunas veces figuran en los argumentos legales, entonces ninguna forma de positivismo que esté comprometida con la naturaleza esencialmente no controvertida del Derecho está equivocada. Finalmente, según Coleman, lo que ha tratado de hacer es desarrollar una forma de positivismo que, por una parte, acepta la naturaleza controvertida de algunos razonamientos legales y, por otra, sostiene que el Derecho es en cualquier lugar convencional.

Hasta aquí la respuesta de Coleman a la crítica de Dworkin al positivismo jurídico, que como se sabe dice que es incapaz de explicar la práctica legal. Como se vio, Coleman inicia su argumentación distinguiendo una variedad de positivismo jurídico, que llamado negativo, únicamente está comprometido con la tesis de la separación. Esta es, según Coleman, la negación de una conexión necesaria entre Derecho y moral. Pero como ya se dijo, en opinión de Coleman, Dworkin no tenía en mente esta variedad de positivismo jurídico cuando formuló su crítica, sino que, además de la tesis de la separación, para él

el positivismo afirma la discreción judicial, el modelo de las reglas, y el estándar de legalidad de *pedigree*. Si esta última variedad de positivismo jurídico puede ser caracterizada como el punto de vista del Derecho como hechos duros, la conclusión de Coleman es que la crítica de Dworkin es correcta y, por tanto, esta variedad de positivismo positivo, como Coleman le llama, debe ser abandonada. Por ello, propone una variedad alternativa que, si bien es cierto que también es una forma de positivismo positivo, no lo es menos que no concibe al Derecho como hechos duros sino como una convención.

Esta es una variedad de positivismo jurídico incluyente que, como se ha insistido, pretende responder a la crítica de Dworkin. Efectivamente, en palabras de Coleman: “[l]a vida del positivismo jurídico incluyente empezó como una intervención en el debate Hart/Dworkin, en particular como una respuesta a las objeciones de Dworkin”³⁰ en *El modelo de las normas (I)*³¹. De hecho, Coleman señala que: “[m]uchos comentaristas identifican el comienzo del positivismo jurídico incluyente con [el] ensayo *Negative and Positive Positivism*. La idea general del argumento en ese ensayo es que uno puede aceptar todas las presuposiciones de Dworkin acerca de la legalidad de los principios morales y además resistir su conclusión de que el positivismo jurídico debe ser abandonado”³². De este modo, como ya se dijo, la respuesta de Coleman es incorporar a la regla de reconocimiento una cláusula que establezca una característica que permita distinguir entre principios morales que son jurídicamente obligatorios de aquellos que no lo son. En palabras de Coleman: “[u]sando la noción de la regla de reconocimiento de Hart, nosotros debemos simplemente decir que los principios morales pueden ser jurídicamente obligatorios en una jurisdicción si hay una cláusula en la regla de reconocimiento con ese efecto”³³. En suma, para Coleman, la afirmación central del positivismo jurídico incluyente es que “la regla de reconocimiento puede especificar a la moral como una condición de legalidad”³⁴.

No obstante, debo advertir que si bien es cierto que Coleman construye esta variedad de positivismo jurídico incluyente en *Negative and Positive Positivism*³⁵, a partir de la regla de reconocimiento y de la tesis de la separación, no lo es menos que en *Beyond*

³⁰ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 365.

³¹ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio*, cit.

³² J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 367.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ídem.*, p. 376.

³⁵ J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, cit.

*Inclusive Legal Positivism*³⁶ abandona estas ideas. Efectivamente, en ese artículo Coleman rechaza “la regla de reconocimiento y la tesis de la separación. En lo que sigue [explica sus] dudas sobre ambos y entonces [formula] la afirmación central del positivismo jurídico incluyente sin relacionarla con ninguna de estas nociones”³⁷. No creo, sin embargo, que sea necesario desarrollar aquí estas dudas, pero sí señalar que, en opinión de Coleman, por una parte, “la noción de criterio de legalidad no es parte del concepto de Derecho”³⁸ y, por otra, que “la tesis de la separación no es parte del positivismo, y que en todo caso es falsa”³⁹. El núcleo del positivismo jurídico es, para Coleman, la tesis de los hechos sociales. Esta viene a decir que sólo este tipo de hechos determina qué puede contribuir al contenido jurídico. La sugerencia de Coleman “es que debemos formular la idea nuclear del positivismo jurídico incluyente como una afirmación de los componentes del contenido jurídico”⁴⁰.

La conclusión de este apartado es que Coleman propone dos variedades de positivismo jurídico. Defiende una variedad que afirma que la moral puede ser una condición de legalidad. Para ello, como ya se dijo, Coleman sugiere la incorporación en la regla de reconocimiento de una cláusula que especifica una característica que permite distinguir entre principios morales que son jurídicamente obligatorios de aquellos que no lo son. Se trata de una variedad de positivismo jurídico incluyente, que viene a decir que la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral. Esta como veremos es la afirmación central del positivismo jurídico incluyente. Si esto es así, parece que el positivismo positivo de Coleman coincide con el positivismo jurídico hartiano, pues como señalé en el capítulo anterior, Hart admite que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido. Sin embargo, creo que, para Coleman, a diferencia de Hart, los principios morales son objetivos. Pues recuérdese que, describiendo el positivismo positivo como regla social, Coleman admite algunas ideas de Dworkin, entre ellas, el hecho de que un sistema jurídico puede reconocer ciertos estándares esencialmente controvertidos como parte de su Derecho, y que entre estos estándares hay principios morales que deben su estatus como Derecho a su “verdad”. Si como creo Coleman acepta la moral objetiva, es posible afirmar que esta primera variedad

³⁶ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit.

³⁷ Ídem., p. 380.

³⁸ Ídem., p. 383.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Ídem., p. 384.

de positivismo jurídico que propone no es lo mismo que el positivismo jurídico hartiano. Esto es así, si no perdemos de vista además que, como se acaba de decir, Coleman termina por afirmar que la variedad que defiende se trata de un positivismo positivo como regla social, que sólo insiste en el estatus convencional de la regla de reconocimiento, pero que acepta las críticas de Dworkin al positivismo jurídico en general, es decir, la no discrecionalidad judicial, el Derecho no es sólo un modelo de reglas y lo inadecuado de un estándar de legalidad sólo de *pedigree*. Críticas que, como ya se dijo en el capítulo anterior, Hart rechaza.

Por otra parte, Coleman en *Beyond Inclusive Legal Positivism*⁴¹ propone una segunda variedad de positivismo jurídico. Efectivamente, a partir de la tesis de los hechos sociales, Coleman afirma que sólo este tipo de hechos determina qué hechos contribuyen al contenido del Derecho. Sin embargo, no es a mi forma de ver las cosas una variedad de positivismo jurídico incluyente, porque niega que la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral, que como veremos en el capítulo siguiente es la afirmación central del positivismo jurídico excluyente. Si esto es así, lo interesante será determinar si esta segunda variedad de positivismo jurídico (excluyente) propuesta por Coleman es o no lo mismo que el positivismo jurídico hartiano. Aquí sólo conviene avanzar que, como ya se dijo, Coleman al formularla rechaza la regla de reconocimiento, así como la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, y estas ideas son, según afirmé en el capítulo anterior, algunos rasgos que identifican la teoría de Hart. En suma, en *Negative and Positive Positivism*⁴² Coleman defiende una variedad de positivismo jurídico en versión incluyente, mientras que en *Beyond Inclusive Legal Positivism*⁴³ sugiere otra en versión excluyente. Sin embargo, como ya se dijo, el positivismo positivo de Coleman no es la única variedad de positivismo jurídico incluyente, pues lo es también la tesis de la incorporación de la moral política en el Derecho de W.J. Waluchow.

⁴¹ Ibidem.

⁴² J.L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, cit.

⁴³ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit.

2. El papel de la moral política en el Derecho

Waluchow afirma que la Teoría del Derecho se encuentra en un estado de perplejidad. Esto es así, porque en su opinión los límites entre puntos de vista se han desdibujado. Por ello, el objetivo de *Inclusive Legal Positivism*⁴⁴ es despejar este caos. El libro en gran parte versará sobre el positivismo jurídico que, según Waluchow, “está vivo y goza de buena salud, y se encuentra en plena forma para mantener a raya a sus principales adversarios, entre los que destaca Ronald Dworkin, cuya teoría <iusnaturalista> no representa para el positivismo una amenaza mayor que la de sus predecesores, *e. g.*, la teoría iusnaturalista procedimental de Lon Fuller”⁴⁵. Con estas palabras queda claro que, como se ha insistido, el positivismo jurídico incluyente se formuló a manera de reacción frente a la crítica de Dworkin. Efectivamente, aquella obra se centrará en las objeciones de Dworkin, en concreto, al positivismo jurídico hartiano que, a decir de Waluchow, su teoría “revela varias maneras en que el <modelo de reglas> de Hart debe ser modificado, o al menos ampliado y clarificado”⁴⁶. El objetivo de Waluchow es responder a la crítica de Dworkin sosteniendo que el positivismo jurídico es “una [T]eoría del [D]erecho viable”⁴⁷. Pero su propósito, en última instancia, será defender “que el positivismo incluyente es una teoría descriptivo-explicativa mejor que sus rivales, así entendidas”⁴⁸.

Para ello, lo primero que hace Waluchow es reseñar que, a partir de la crítica de Dworkin, ha surgido una controversia sobre la posibilidad de una conexión entre Derecho y moral. Algunos autores positivistas, señala Waluchow, “han sugerido que entre las conexiones concebibles entre el [D]erecho y la moral que un positivista podría aceptar está el hecho de que la identificación de una regla como válida dentro de un sistema jurídico, así como el discernimiento del contenido de una regla o el modo en que influye en un caso jurídico, pueden depender de factores morales. En esta concepción, que hemos llamado positivismo jurídico incluyente, los valores y principios morales cuentan entre los posibles fundamentos que un sistema jurídico podría aceptar para determinar la

⁴⁴ W.J. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente* (1994), trad. de M.S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007 (W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1994).

⁴⁵ *Ídem.*, p. 16.

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ídem.*, p. 155.

⁴⁸ *Ídem.*, p. 44.

existencia y contenido de leyes válidas”⁴⁹. Como se vio en el capítulo anterior, las objeciones de Dworkin al positivismo jurídico, dichas brevemente, son que el juez no tiene discreción porque siempre habrá un principio moral que le dé la respuesta correcta. Si esto es así, el Derecho no es un modelo de reglas como lo pretende el positivismo, y la regla de reconocimiento es incapaz de identificar ciertos estándares, los principios, que no funcionan como reglas, y que son Derecho no por su *pedigree*, sino por su verdad o corrección moral.

Frente a estas críticas de Dworkin, la respuesta que se formuló desde el positivismo jurídico incluyente, en palabras de Waluchow, es que “podría considerarse la posibilidad de que la(s) regla(s) de reconocimiento de un sistema jurídico contenga(n) tests o criterios explícitamente morales para la validez de legislación emanada [...] del Parlamento. Si es posible que la regla de reconocimiento contenga criterios tales, entonces la validez de una ley podría, en alguna ocasión, no estar determinada sólo por su linaje, esto es, por el hecho y modo de su adopción. El simple hecho de su dictado por parte de una legislatura soberana, por ejemplo, sería insuficiente para determinar la validez jurídica de la regla. Se nos requeriría que decidamos si ella viola una condición moral, por ejemplo la cláusula del debido proceso del Acta de Derechos [*Bill of Rights*] estadounidense, que es interpretada por muchos como especificación de la equidad como una condición (moral) para la validez en los Estados Unidos”⁵⁰. Esta conexión particular entre Derecho y moral no sólo ha sido aceptada como posible por algunos autores positivistas, sino que incluso ha sido considerada como característica de los sistemas jurídicos. Por ello, Waluchow avanza que: “[u]na virtud es que la teoría [incluyente] a diferencia de la alternativa excluyente de Raz, parece tener mayor capacidad de explicar lo que parece ser un hecho obvio: que los tests morales para la validez y contenido de las leyes han sido explícitamente reconocidos en algunos sistemas jurídicos [...] [De esta manera] el positivismo incluyente parecería permitirnos ver estos aceptados tests de un modo natural y [...] generalmente aceptado: como tests explícitamente morales para el [D]erecho que requieren que jueces y abogados se comprometan con argumentos morales sustantivos cuando deciden cuestiones de validez jurídica”⁵¹. Si esto es así, en el apartado anterior ya se dijo que una respuesta que se formuló desde el positivismo jurídico incluyente fue la propuesta por Coleman, que, como ya se señaló también, defiende que

⁴⁹ Ídem., p. 97.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Ídem., p. 155.

la moral puede ser una condición de legalidad, sugiriendo para ello la incorporación en la regla de reconocimiento de una cláusula que establece una característica que permite distinguir entre principios morales jurídicamente obligatorios de aquellos que no lo son. Pero recuérdese que en este apartado nos interesa la tesis de Waluchow.

Pues bien, ya se dijo que Waluchow propone una versión que denomina “positivismo jurídico incluyente”. Una de cuyas características es la afirmación de la tesis de la incorporación de la moral política en el Derecho. Esta viene a decir, en palabras de Waluchow, que “las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos –por ejemplo, las leyes- pueden jugar un papel, y de hecho lo hacen de diversos modos, en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de las leyes válidas”⁵². Es posible señalar que la versión propuesta por Waluchow es una variedad de positivismo jurídico incluyente, pues coincide con su afirmación central. Esta es, conviene repetirlo, que la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral. Efectivamente, según Waluchow, “la característica distintiva del positivismo incluyente es la afirmación de que las consideraciones morales pueden figurar de un modo apropiado en la aplicación del [D]erecho, *i. e.* los intentos de determinar la existencia o el contenido de las leyes válidas, pero no es necesario que lo hagan”⁵³ o, lo que es lo mismo, el positivismo incluyente, para Waluchow, “otorga a la moral un rol en la determinación de la existencia y el contenido de las leyes válidas. Tal como sugiere el positivismo incluyente, los principios de moral política se encuentran en las bases posibles, aunque en modo alguno necesarias, para la aplicación del [D]erecho. No hay nada en el concepto mismo de [D]erecho que requiera que la moral política cumpla un rol determinante. Si, en efecto, cumple algún rol de ese tipo, es sólo porque la comunidad, por medio de sus variables prácticas jurídicas, así lo ha decidido, y esta elección podría haber sido diferente”⁵⁴. De este modo, dice Waluchow: “[u]na consecuencia del positivismo incluyente es que las consideraciones morales pueden ser relevantes para la identificación de la existencia y contenido del [D]erecho sólo si el sistema jurídico mismo ha reconocido de algún modo que cumplen ese rol [...] [De esta manera] una regla de reconocimiento podría especificar principios de libertad e igualdad como fundamentos de validez jurídica, en cuyo caso la moral estaría seriamente implicada, o podría haber reglas secundarias de interpretación

⁵² Ídem., p. 17.

⁵³ Ídem., p. 181.

⁵⁴ Ídem., p. 247.

según las cuales ciertos factores morales ayudan a determinar el real contenido o significado de reglas validadas por una regla de reconocimiento”⁵⁵. Estas consideraciones morales para Waluchow no son, como ya se dijo, otra cosa más que la moral política. En efecto, en sus palabras: “[l]a moral política, en esta teoría, se halla incluida dentro de los fundamentos posibles para establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria”⁵⁶.

No es necesario, por otra parte, dice Waluchow, entrar a la discusión sobre la naturaleza u objetividad de la moral política, distinguirla de la moral personal o bien, ofrecer “una teoría moral de la obediencia al [D]erecho”⁵⁷. Es suficiente, en cambio, suponer, según Waluchow, “que la gente apela a pautas como los principios de igualdad, libertad, equidad y justicia al evaluar las instituciones sociales y sus productos; que estas actividades no son completamente absurdas como algunos nihilistas morales radicales podrían argüir, sino que están abiertas al menos a cierto grado de razonamiento y evaluación racional; y que son esta clase de pautas las que tenemos en mente cuando nos preguntamos acerca del posible rol de la moral política en la determinación de la existencia y contenido de las leyes válidas”⁵⁸. A la objetividad de la moral política me referiré más adelante, aquí creo que conviene señalar que, para Waluchow, “por <moral política> debe entenderse la moral realmente implícita en la historia institucional, una moral de derechos que la práctica jurídica busca concretizar en sus reglas, decisiones y procedimientos establecidos y que sirve a su objeto y justificación. Es, por así decirlo, el <espíritu de la ley>, lo que la ley significa. El hacer efectivos los derechos de la moral política es de lo que se ocupan en realidad las decisiones judiciales”⁵⁹. Y esto, dice Waluchow, es particularmente claro en el supuesto de casos constitucionales. Pero quizás antes de referirme a ellos, convenga mostrar la explicación de Waluchow sobre la adjudicación.

Waluchow explica el papel del juez comparando la versión incluyente con la excluyente. Esta última, para Waluchow, por lo menos en el caso de Raz, afirma que la determinación de la validez jurídica es siempre independiente de un argumento moral. De

⁵⁵ Ídem., p. 127.

⁵⁶ Ídem., p. 17.

⁵⁷ Ídem., p. 55.

⁵⁸ Ídem., p. 17, nota 3.

⁵⁹ Ídem., p. 57.

este modo, continúa Waluchow, la referencia a la moral política no lo es al Derecho preexistente. De aquí se sigue que, en sus palabras, “siempre que los jueces interpretan un documento como la Carta canadiense en términos de derechos de la moral política que atesora, necesariamente dan un paso más allá de la aplicación del [D]erecho y legislan. La adjudicación, en tales casos, es la creación y no el descubrimiento de [D]erecho”⁶⁰. De esta manera, según Waluchow, la versión excluyente hablando de adjudicación afirma la tesis de la discrecionalidad y el poder de creación de Derecho del juez. En cambio, la versión incluyente no hace tales afirmaciones, pues, dice Waluchow: “[s]i, por el contrario, se considera que un juez descubre la existencia o contenido de [D]erecho válido preexistente en un caso constitucional que involucra la apelación a consideraciones de moral política (porque no hay nada en la naturaleza del [D]erecho que impida esta posibilidad, como sugiere el positivismo incluyente), entonces tal huida parece mucho menos probable. El juez y otros considerarán su decisión, no como una que avance sobre territorio prohibido reservado a los legisladores, sino como una decisión requerida por su normal obligación jurídico-adjudicativa de descubrir y aplicar el [D]erecho que existe y posee fuerza institucional sobre sus decisiones”⁶¹, y así buscar hacer efectivos los derechos y libertades de moral política que, como ya se dijo, para Waluchow es la tarea de las decisiones judiciales, especialmente en casos constitucionales.

De hecho, el objetivo de Waluchow es mostrar que el positivismo incluyente ofrece una mejor explicación teórica de este tipo de casos. El primer paso es afirmar que los argumentos morales están presentes en los casos constitucionales. Para ello, Waluchow, hablando del supuesto canadiense, presupone que “parece bastante obvio que los casos constitucionales en Canadá a menudo se basan en argumentos morales. Después de todo, al enumerar sus derechos y libertades fundamentales, los autores de la Carta canadiense utilizaron terminología que figura prominentemente en casi todas las teorías morales modernas”⁶². A este respecto, Waluchow cita como ejemplo el derecho a la igualdad y a no ser privado de la libertad. Reconoce, sin embargo, que este argumento lingüístico no es suficiente para establecer la premisa de que en los casos constitucionales están presentes argumentos morales. Por ello, Waluchow advierte que “lo importante no es la terminología, sino más bien el enfoque que la judicatura le ha dado y cómo la ha entendido. Es bastante claro que la mayor parte de los jueces canadienses ha estado

⁶⁰ Ídem., p. 85.

⁶¹ Ídem., pp. 85 y 86.

⁶² Ídem., p. 158.

dispuesta a adoptar un enfoque de la Carta no-legalista, amplio, intencional o liberal”⁶³. A partir de aquí, Waluchow concluye que “es razonablemente claro que la Corte Suprema de Canadá cree que la interpretación de la Carta debería estar gobernada por los objetivos e intereses que se propuso proteger. Si esto es así, entonces también es razonablemente claro que los argumentos morales a menudo figurarán en los casos constitucionales. Si debe interpretarse la Carta a la luz de sus objetivos y esos objetivos son a menudo derechos y libertades de moral política, entonces se sigue que no puede determinarse qué significa la Carta, y por lo tanto cuáles son las condiciones de validez jurídica que impone, sin determinar la naturaleza y extensión de los derechos y libertades de moral política que busca garantizar”⁶⁴. Y hacer efectivos estos derechos y libertades recuérdese que, para Waluchow, es la tarea de las decisiones judiciales, especialmente en casos constitucionales. No creo, por otro lado, que convenga insistir aquí en que Waluchow no entra al debate sobre la objetividad de la moral política, pero sí debo señalar que hablando de principios universales dice que “no es necesario tomar una posición en ningún sentido sobre estas cuestiones controvertidas de teoría moral para apreciar el punto de vista de la Corte Suprema canadiense relativo a que la interpretación de los derechos de la Carta debe ser sensible a los contextos lingüístico, filosófico e histórico”⁶⁵.

Pero quizás, independientemente del carácter objetivo de la moral política, Waluchow reconoce que no es suficiente aquel “testimonio judicial” sobre cómo se interpreta la Carta para mostrar que efectivamente los argumentos morales juegan un papel relevante. Para Waluchow, “la única vía para determinar si los jueces canadienses tienen razón al pensar que los argumentos morales a veces figuran de modo prominente en los casos constitucionales, es mirar lo que ellos en realidad hacen, cómo deciden, de hecho, en esos casos. Afortunadamente, esta tarea presenta poca dificultad. Una lectura cuidadosa de, virtualmente, cualquier caso constitucional revela que los argumentos morales juegan un rol vital”⁶⁶. En suma, según Waluchow: “[a]l determinar el estatus constitucional de las leyes en Canadá, los tribunales deben a menudo considerar sus <méritos morales>. Sea para bien o para mal, en Canadá la existencia del [D]erecho no es algo completamente distinto de su mérito o demérito. Ambas cosas han sido unidas por

⁶³ Ídem., p. 159.

⁶⁴ Ídem., p. 160.

⁶⁵ Ídem., p. 161.

⁶⁶ Ídem., p. 164.

la regla de reconocimiento de Canadá y la Carta que ésta valida”⁶⁷. Waluchow concluye que es posible “aceptar la premisa de que los casos constitucionales a veces incluyen argumentos morales”⁶⁸. Una vez establecida esta premisa, el siguiente paso en la argumentación de Waluchow es demostrar “que las pautas morales empleadas en los casos constitucionales a veces funcionan como tests para la existencia o contenido de leyes válidas”⁶⁹. Pues según dice, sin esta premisa no habría fundamento para preferir al positivismo jurídico incluyente sobre la versión excluyente. Waluchow llama “explicación incluyente” a la afirmación según la cual existen derechos jurídicos cuyo contenido dependerá de consideraciones morales que, en su caso, pueden ser utilizadas para demostrar la invalidez de una norma.

Esta explicación es rechazada por la versión excluyente que propone una tesis alternativa que, sin embargo, no es necesario reproducir aquí, pues será el objeto del capítulo siguiente. En cambio, sí conviene avanzar en la exposición de Waluchow sobre el planteamiento incluyente. Este, en opinión de Waluchow, “provee una explicación mucho más coherente de los casos constitucionales. Desde este punto de vista la Carta canadiense crea derechos jurídicos cuyo contenido es, en parte, dependiente de consideraciones morales, y se requiere a los jueces que en casos como *Andrews* y *Morgentaler* determinen qué son estos derechos y los apliquen contra medidas ofensivas, dotadas de menor autoridad”⁷⁰. De este modo, para Waluchow, la explicación incluyente es una mejor descripción de la manera en que se resuelven los casos constitucionales y, por tanto, el positivismo jurídico incluyente es, frente a la versión excluyente, una mejor comprensión de la Teoría del Derecho. Pero como ya se dijo, la teoría propuesta por Waluchow no es sólo descriptiva, sino también normativa o, como él la llama, “explicativa”. Esto es así, por ejemplo, cuando Waluchow afirma que intentará “fundamentar la tesis según la cual nuestras prácticas jurídicas deberían ser tales que el propio significado o contenido de nuestras leyes esté basado, en alguna medida, en consideraciones de moral política”⁷¹. Aunque debo advertir, por otro lado, que Waluchow terminará por dejar de lado el aspecto descriptivo, para proponer una teoría exclusivamente normativa. Efectivamente, en palabras de Waluchow, su “principal

⁶⁷ Ídem., p. 170.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ibidem.

⁷⁰ Ídem., p. 177.

⁷¹ Ídem., p. 248.

objetivo, entonces, es defender una teoría completamente normativa con respecto a cómo deberían ser nuestras prácticas jurídicas relativas a la aplicación e interpretación de reglas jurídicas. Se trata de una teoría según la cual los estándares de moral política, que a menudo constituyen los <fines> para cuya protección se introducen las normas jurídicas, pueden estar presentes en algún grado al determinar qué significan en realidad estas últimas y qué impacto tienen sobre los derechos jurídicos y las responsabilidades de los litigantes”⁷².

Para Waluchow, el positivismo incluyente no es sólo una mejor comprensión de la Teoría del Derecho, sino que además sostiene que quizás el positivismo jurídico en general sea inadecuado, porque es identificado con la versión excluyente que, en palabras de Waluchow, como su nombre lo indica, “excluye a la moral política de los fundamentos posibles del Derecho”⁷³. Dicho de otra forma, quizás, dice Waluchow, el incluyente no es una versión de positivismo jurídico, sino una teoría a la manera de Dworkin o bien, del iusnaturalismo. Quizás la argumentación tenga como resultado rechazar una teoría positivista (excluyente) y admitir una no positivista. Para Waluchow, claro está, el positivismo incluyente no se identifica con la teoría de Dworkin. Esto es así porque el primero es una teoría general y descriptivo-explicativa del Derecho, y la de Dworkin es una interpretación constructiva. Además, hablando de la conexión entre Derecho y moral, según Waluchow: “[t]al vez aquí más que en ninguna otra parte la teoría de la integridad de Dworkin es distinguible del positivismo incluyente. La primera afirma que la moral necesariamente figura en el [D]erecho y en los juicios jurídicos, la última sostiene sólo que esto es posible. Cualquier conexión que pueda haber entre el [D]erecho y la moral es contingente, no necesaria”⁷⁴.

En suma, Waluchow no cree que el incluyente deje de ser una versión de positivismo jurídico, e incluso sostiene que explica mejor el Derecho que la versión excluyente y la teoría de Dworkin. Para mostrar que esto último es así, la estrategia de Waluchow será la siguiente. Presupone, dice, “aquello que los argumentos anteriores revelan, que Dworkin tiene razón en algún grado sobre las consideraciones que los jueces, en los sistemas jurídicos angloamericanos, a veces tienen en cuenta al determinar derechos y obligaciones jurídicos preexistentes de los litigantes. Estas consideraciones a

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ídem*, p. 181.

⁷⁴ *Ídem*, p. 203.

veces incluyen principios de moral política, del tipo de los que figuran en casos testigo como *Riggs v. Palmer* y *Henningsen v. Bloomfield Motors*, y casos constitucionales como *Morgentaler* y *Andrews*. También [debe tenerse] por cierto que esas consideraciones de moral política no son, como sostiene el positivismo excluyente, necesariamente análogas al [D]erecho extranjero. No son todas consideraciones extrajurídicas en las que los jueces pueden o deben, o característicamente reparan cuando ejercen su discreción fuerte. Más bien, al menos algunos de estos principios son parte del [D]erecho y los jueces están obligados a respetarlos cualquiera que sea la fuerza institucional que posean”⁷⁵. Lo que se propone Waluchow es mostrar que el incluyente es una versión de positivismo jurídico que es compatible con estas ideas, analizando para ello algunos argumentos de Dworkin como el de la validez, el argumento del linaje, el argumento de la función, y el argumento de la discreción. No creo, sin embargo, que sea necesario desarrollar aquí estos argumentos. En cambio, sí conviene reproducir la conclusión de Waluchow. En sus palabras, hablando del positivismo jurídico: “[l]a teoría debería ser identificada principalmente como una tesis relativa a la separación conceptual entre [D]erecho y moral, como la negación de la pretensión de los defensores del [D]erecho natural de que la legalidad, legitimidad y validez jurídica son siempre, de un modo u otro y en alguna medida, una función de la validez moral, del [D]erecho natural. Por supuesto, no debe suponerse que esta tesis es equivalente a la pretensión de que necesariamente, en ningún sistema jurídico, la validez jurídica, en crudo, puede depender de consideraciones morales. El positivismo incluyente, como hemos visto, es una versión plausible, coherente y [...] valiosa del positivismo; una versión que han sostenido muchos de los que tradicionalmente han sido considerados defensores de esa tradición y que no cae en la incoherencia ni en una [T]eoría del [D]erecho natural”⁷⁶.

Una de las conclusiones de este apartado es que, a partir de la afirmación de la tesis de la incorporación de la moral política en el Derecho, Waluchow propone una variedad de positivismo jurídico incluyente. Esto es así, porque en respuesta a las críticas de Dworkin, Waluchow viene a decir que el positivismo jurídico sí es capaz de explicar la práctica legal, pues admite que la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral. Y recuérdese que esta es la afirmación central del positivismo jurídico incluyente. Para ello, Waluchow defiende que lo que denomina moral política

⁷⁵ Ídem., pp. 182 y 183.

⁷⁶ Ídem., p. 244.

puede jugar un papel en la determinación de la existencia, contenido y significado de leyes válidas, aunque no es necesario que lo haga. Waluchow ejemplifica esta moral política con los principios de igualdad, libertad, equidad y justicia, así como con los derechos y libertades previstos en la Carta canadiense.

No considerando necesario, por otro lado, entrar en la discusión sobre su carácter de moral objetiva ni tomar posición, hablando de principios universales, sobre estas cuestiones controvertidas de teoría moral, Waluchow defiende que la Corte Suprema canadiense está atenta a diversos contextos al interpretar los derechos de la Carta. Hasta aquí podría quedar fuera de duda que la moral política no es moral objetiva. Incluso, Waluchow tiene algún texto que así lo confirmaría, cuando señala, por ejemplo, que: “[l]os requerimientos morales en términos de los cuales puede admitirse o cuestionarse la validez jurídica son aquellos, y sólo aquellos, que han sido incorporados, como cuestión de hecho social contingente, *i. e.* práctica jurídica, a la regla de reconocimiento o a los criterios subordinados validados por esa regla”⁷⁷. Creo que con este texto lo que plantea Waluchow es que la moral política no es necesariamente correcta. Sin embargo, a mi forma de ver las cosas, las pautas de moral política a que se refiere Waluchow sí son moral objetiva.

Digo esto porque como ya señalé al hablar de la adjudicación, Waluchow niega la tesis de la discrecionalidad judicial y el poder de creación de Derecho del juez, argumentando que este al resolver un caso apelando a consideraciones de moral política descubre Derecho preexistente, no lo crea. Dicho de otra forma, creo que para Waluchow siempre habrá un principio de moral política que le dé la respuesta al juez. Ya se dijo, por otro lado, que Dworkin sostiene una conexión necesaria entre Derecho y moral. Se señaló también que Waluchow, en cambio, afirma una conexión contingente entre Derecho y moral. Pero creo que cuando Dworkin y Waluchow hablan de “moral” se refieren a moral objetiva. Y esto es particularmente claro en el tema de la discreción judicial. De este modo, creo que es posible concluir que la variedad de positivismo jurídico incluyente que propone Waluchow no es lo mismo que el positivismo jurídico hartiano. Porque como se sabe, Hart admite la discreción judicial y el poder de creación de Derecho del juez, pero además porque como sostuve en el capítulo anterior cuando Hart admite que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido, con

⁷⁷ Ídem., p. 194.

ello no se refiere a principios de moral objetiva, como parece que sí lo hace Waluchow. Asimismo, no debe perderse de vista que mientras Waluchow propone una Teoría del Derecho descriptivo-explicativa, aunque termina por defender una teoría completamente normativa, el positivismo jurídico hartiano como ya señalé es una teoría general y descriptiva del Derecho. Creo, en fin, que conviene avanzar que, en mi opinión, el positivismo jurídico hartiano es, a diferencia de la variedad de positivismo jurídico propuesta por Waluchow, una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, porque en última instancia, como advirtió Hart, si los hechos morales objetivos no existen, el juez no hace otra cosa más que ejercer discreción y crear Derecho. Ya se dijo, por otro lado, que la variedad de positivismo jurídico incluyente propuesta por Waluchow no es la única, pues se dice que también lo es el positivismo corregido de G. Peces-Barba.

3. El positivismo corregido

Mi propósito no es exponer la obra de Peces-Barba⁷⁸, sino mostrar su variedad de positivismo jurídico. Peces-Barba propone el positivismo corregido a partir de las tesis

⁷⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El desarrollo político como desarrollo humano” (1972), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 77-99 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El desarrollo político como desarrollo humano”, *Revista de la Universidad de Madrid*, núm. 81, 1972, pp. 163-181); *Id.*, “El socialismo y la libertad” (1975), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo, cit.*, pp. 133-162 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El socialismo y la libertad”, *Sistema*, núm. 9, 1975, pp. 67-95) (Este texto se publicó además como G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El socialismo y la libertad”, en VV.AA., *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches* (1980), coordinación de F.E. Rodríguez García, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, pp. 545-566); *Id.*, “Introducción”, a VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 9 y 10; *Id.*, “Introducción: La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio”, en N. BOBBIO, *Igualdad y libertad* (1977-1979), trad. de P. Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 9-49 (N. BOBBIO, “*Equaglianza*” y “*Libertà*” (Artículos publicados en *Enciclopedia del Novecento* (vol. II, págs. 355-364, y vol. III, págs. 994-1004, respectivamente)); *Id.*, “La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII”, en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo, cit.*, pp. 21-76; *Id.*, “La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional” (1972), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo, cit.*, pp. 101-131 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional”, *Boletín Informativo de Ciencia Política*, 1972, pp. 57-83); *Id.*, “Los obstáculos de la realidad: La dificultad de mantener el sistema”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho* (1995), Fontamara, México, 2000, pp. 105-148; *Id.*, “Notas para la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 119-151 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Notas para la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3); *Id.*, “Notas para la filosofía de la tolerancia en Holanda, en Gran Bretaña y en las colonias americanas en los siglos XVI y XVII”, en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales, cit.*, pp. 153-191; *Id.*, “Notas sobre derechos fundamentales, socialismo y Constitución”, en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo, cit.*, pp. 181-192; *Id.*, “Nuevas reflexiones

del hecho fundante básico, y de la norma fundamental, así como de la distinción entre ética pública y ética privada. Empezaré por esta última distinción, porque como se verá es el punto de partida de la teoría de Peces-Barba. En efecto, se ha señalado que “Peces-Barba construye su modelo de relación entre moral, poder y Derecho sobre la base de una distinción conceptual entre ética pública y ética privada”⁷⁹.

Peces-Barba sostiene que, en la cultura moderna, aunque su configuración data del siglo XVIII⁸⁰, es posible distinguir entre “ética privada, la ética de los individuos y la ética pública, la ética del poder político y del Derecho”⁸¹. Una primera diferencia, en palabras de Peces-Barba, es que: “[l]a distinción entre ética pública y ética privada perfilaría los ámbitos de la moralidad, sus fines y sus destinatarios, que son los individuos, en el caso de la moralidad privada, y también los individuos y las instituciones, en el caso de la pública”⁸². Otra diferencia es que la ética privada es material y de contenidos. La ética pública, en cambio, es formal y procedimental⁸³. Y, en fin, una tercera forma de

sobre la teoría democrática de la justicia (Los derechos fundamentales entre la moral y la política)”, en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 215-226 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia (Los derechos fundamentales entre la moral y la política)”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2); *Id.*, “Prólogo”, a O. CELADOR ANGÓN, *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 9-12; *Id.*, “Reflexiones sobre la paz” (1985), en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 265-278 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Reflexiones sobre la paz”, *Sistema*, núm. 67, 1985); *Id.*, “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales” (1978), en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 195-213; *Id.*, “Sobre el consenso y otros temas: La opinión de un ponente constitucional sobre el consenso y otros temas”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española*, cit., pp. 29-34; e *Id.*, “Socialismo y Estado de Derecho” (1976), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo*, cit., pp. 163-180 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Socialismo y Estado de Derecho”, *Sistema*, núm. 15, 1976).

⁷⁹ R. BUSTAMANTE ALARCÓN, “Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 2, 2005, pp. 119-153, en especial p. 123.

⁸⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y J. DORADO PORRAS, “Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo II: Siglo XVIII: Volumen I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección de G. Peces-Barba Martínez et al., Dykinson, Madrid, 2001, pp. 7-219, en especial p. 8; y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al., “Segunda Parte: Los derechos fundamentales en los siglos XVI y XVII”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 41-46, en especial p. 41.

⁸¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 237.

⁸² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 56.

⁸³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, Poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., pp. 49-103, en especial p. 71.

distinguir las, según Peces-Barba, es que “la ética privada atiende al bien de los individuos, la ética pública se refiere al bien común”⁸⁴.

La ética privada es la ética de los individuos. Su punto de partida es el hombre y su condición de ser vivo, ser moral y ser social. Ser personas, para Peces-Barba, es “elegir, comunicarnos, construir conceptos generales a través de la razón y decidir nuestros planes de vida, nuestra moralidad privada”⁸⁵. La ética privada “supone el camino intelectual y afectivo y el conjunto de doctrinas y de reglas para alcanzar la plenitud, la autonomía o la independencia plena”⁸⁶, estableciendo para ello objetivos de salvación, de virtud, de bien o de felicidad⁸⁷. La ética privada tiene dos dimensiones, una individual y otra social. En palabras de Peces-Barba: “[l]a primera tiende directamente al objetivo de regular nuestra conducta a su fin último, mientras que la segunda lo hace a través de nuestras relaciones sociales con las demás personas. Un ejemplo de esta segunda son los principios de que hay que tratar a los demás como fines y no como medios o de que hay que cumplir las promesas [...] La ética privada puede ser obra de uno mismo, o asumida desde la propuesta de una Iglesia o de una concepción filosófica”⁸⁸. Dicho de otra forma, la ética privada puede ser una ética religiosa o de una Iglesia o bien, una ética laica como la doctrina de una escuela de filosofía moral. Entendidas de esta forma, dice Peces-Barba: “[l]a primera tiene una dimensión vinculada a la fe y sus seguidores son creyentes, mientras que la segunda se nutre fundamentalmente de criterios racionales y sus seguidores se adhieren a esos criterios, aunque se pueden también encontrar dimensiones emotivas o afectivas en las éticas laicas”⁸⁹. Hablando de la ética privada religiosa o de una Iglesia, aunque creo que esta idea también se aplica a la ética laica, Peces-Barba advierte que “no puede ser excluyente ni proponerse como válida para todos, sino sólo

⁸⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2000, pp. 83-90, en especial p. 84.

⁸⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 240.

⁸⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 19.

⁸⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 83; *Id.*, “Prólogo”, a R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 15-19, en especial p. 17; e *Id.*, “Prólogo”, a A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el Derecho?: Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 13-17, en especial p. 17.

⁸⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción”, a *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., pp. 7-13, en especial pp. 11 y 12.

⁸⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 83.

para los fieles y creyentes en esa Iglesia”⁹⁰. Esta ética privada, ya sea en su dimensión individual o social o bien, entendida como ética religiosa o laica, no debe confundirse con la ética pública.

La ética pública es la ética del poder político y del Derecho. En efecto, en palabras de Peces-Barba, “la ética pública tiene dos dimensiones, acordes con la cultura de la modernidad que conecta y vincula al poder del Estado con la producción de un Derecho y así en su primer nivel es ética política y en el segundo ética jurídica”⁹¹. O, lo que es lo mismo, según Peces-Barba, “la ética pública es el conjunto de objetivos o de fines que se consideran debe realizar el poder político a través de su Derecho y que tradicionalmente se ha conocido desde Aristóteles como [j]usticia, si se refieren al contenido del Derecho. Cuando afectan al poder es preferible usar el término legitimidad”⁹². Aunque, como se verá más adelante, Peces-Barba habla también de una ética democrática. Pero antes de avanzar sobre esta distinción, quizás convengan advertir, por otro lado, que para Peces-Barba: “[t]ambién es interesante distinguir entre ética pública legalizada y ética pública crítica. La primera forma parte del Derecho positivo y debe ser tratada como Derecho y la segunda supone una presión externa sobre ese Derecho reclamando la inclusión de la misma para orientar y señalar el fin de las normas”⁹³. Dicho de otra forma, la ética pública: “[e]s la moralidad con vocación de incorporarse al Derecho positivo, orientando sus fines y sus objetivos como Derecho justo. Cuando aún no se ha incorporado al Derecho positivo, y sirve como criterio para juzgar a éste, y como programa para alcanzar el poder, la llamamos moralidad crítica. Cuando se ha incorporado al Derecho positivo la llamamos moralidad legalizada o positivizada”⁹⁴. Pero, como se acaba de decir, Peces-Barba distingue además entre ética pública política, jurídica y democrática.

La primera, esto es, la ética pública política, dice Peces-Barba, “favorece el consenso de los ciudadanos respecto del poder”⁹⁵. Pero debe advertirse, señala Peces-Barba que: “[e]l poder, que forma parte de la realidad social y que debe tenerla en cuenta

⁹⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173, en especial p. 161 (G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitte: Logge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, S.p.a., Torino, 1992).

⁹¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 325.

⁹² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 83.

⁹³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 297.

⁹⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción”, a *Id., Ética, Poder y Derecho*, cit., pp. 10 y 11.

⁹⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 41.

en su relación con el Derecho, no es el creador de esa ética pública que permite identificarlo, la asume procedente de las aportaciones de razón que los hombres construyen en la cultura histórica”⁹⁶. A este respecto, Peces-Barba señala que: “[s]i tuviéramos que hacer un diseño teórico del itinerario de la moralidad desde su génesis hasta su incorporación al [D]erecho, habría que señalar, en primer lugar, que la moralidad pública que es relevante en la modernidad es una creación histórica de la razón humana que establece los criterios de justicia; los fines o los objetivos que el [D]erecho debe cumplir al servicio del desarrollo de la persona. Esa semilla de moralidad es producto de múltiples contribuciones, de construcciones y de intereses, y nunca puede ser secuestrada como monopolio de una sola escuela, de una Iglesia, de una corriente científica, puesto que es fundamentalmente una moralidad procedimental, para las instituciones, para la organización de la sociedad y del Estado y para la justicia de su [D]erecho”⁹⁷.

No debe perderse de vista además que, aunque estamos hablando en concreto de la dimensión política, aquí conviene advertir que, para Peces-Barba, el fundamento de la ética pública en general es la dignidad de la persona. De este modo, se ha señalado que: “[e]l modelo de interrelación de la moral, el poder y el Derecho, que postula el profesor Peces-Barba, parte de un postulado humanista antropocéntrico, propio de la cultura occidental y moderna. Éste supone concebir a la dignidad del ser humano como el referente del pensamiento moral, político y jurídico al cual deben siempre orientarse para alcanzar el objetivo último de la racionalización y humanización de la sociedad y del individuo”⁹⁸. Como se acaba de decir, el fundamento de la ética pública es la dignidad. Esto es así, en palabras de Peces-Barba, pues “la contribución de la [F]ilosofía del Derecho al debate adquiere una relevancia especial porque se sitúa en la raíz del problema que coloca a la dignidad humana como fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores”⁹⁹.

⁹⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Cuarta: Derecho y fuerza”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., pp. 93-121, en especial p. 101.

⁹⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 169.

⁹⁸ R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho...*, cit., p. 123.

⁹⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 12.

La ética pública jurídica, por su parte, señala los fines y objetivos que el Derecho debe realizar¹⁰⁰, creando o debiendo crear “las condiciones de la libertad y de la igualdad para que cada persona alcance o pueda alcanzar sus objetivos de moralidad personal y escoger sus planes de vida”¹⁰¹. Esto se logra, por ejemplo, a través de los derechos fundamentales. Pues, para Peces-Barba, estos “integran una moralidad pública que pretende facilitar en la vida social, a través del Derecho, a las personas titulares de los mismos, el ejercicio de su moralidad privada, la libre elección de los planes de vida”¹⁰². A esta ética pública jurídica, Peces-Barba le llama también la “justicia” del Derecho¹⁰³. Esto es así, pues: “[t]odo sistema jurídico representa una perspectiva, un punto de vista sobre la [j]usticia. Todo ordenamiento, entendido como conjunto sistemático de normas tiene un referente de ética pública. Supone la dimensión trasladada al Derecho de la ética pública política, a través de la relación necesaria entre [p]oder y Derecho”¹⁰⁴. Y, en fin, la ética pública democrática “señala los objetivos políticos del poder y los objetivos jurídicos del Derecho para crear una organización social que facilite la realización de los contenidos de la dignidad humana”¹⁰⁵. Asimismo, Peces-Barba hablando de la universalidad de los derechos, afirma que: “[l]a universalidad a priori es la de esa ética pública de la modernidad que es la ética de la democracia (principios de organización del poder) y de los derechos humanos”¹⁰⁶.

La ética pública, en sus dimensiones política, jurídica y democrática, para Peces-Barba, “conforma el orden justo y estable, libre, igual y solidario y los criterios de organización de la vida social y de los poderes, el conjunto de valores, principios y derechos”¹⁰⁷. Como ya se dijo, la ética pública es una ética procedimental. Este es, “el carácter procedimental de la ética pública, que es la de los derechos y de la democracia representativa”¹⁰⁸, dice Peces-Barba, “no señala criterios, ni establece conductas obligatorias, para alcanzar la salvación, el bien, la virtud o la felicidad, ni fija cuál debe ser nuestro plan de vida último. Marca criterios, guías y orientaciones, para organizar la

¹⁰⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 21.

¹⁰¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit., p. 17.

¹⁰² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 423.

¹⁰³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el Derecho?...*, cit., p. 17.

¹⁰⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 123.

¹⁰⁵ Ídem., p. 63.

¹⁰⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 311.

¹⁰⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 56.

¹⁰⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., pp. 161 y 162.

vida social, de tal manera que sitúe a cada uno de nosotros, para actuar libremente en esa dimensión última de escoger nuestro camino, nuestro plan de vida para alcanzar el bien, la virtud, la felicidad o la salvación, es decir, para elegir libremente nuestra ética privada. Supone la ética pública un esfuerzo de racionalización de la vida política y jurídica para alcanzar la humanización de todos. Es un medio para un fin, que es el desarrollo integral de cada persona”¹⁰⁹. No obstante, Peces-Barba advierte que “los sistemas de ética pública son plurales y no existen criterios científicos para considerar que uno es el acertado y los demás equivocados o falsos”¹¹⁰. Pero en su opinión, como se verá más adelante, su planteamiento sobre el Derecho es un “positivismo corregido entendido como un positivismo abierto a contenidos de ética pública variables e indeterminados, que no podemos determinar a priori, pero que sí podemos identificar a los que nos parecen preferibles”¹¹¹. De este modo, para Peces-Barba, la ética pública de la modernidad, esto es, “esa moralidad de lo político y de lo jurídico, supone una opción preferible frente a otras y es la de los sistemas políticos y jurídicos liberales democráticos, aunque caben otras opciones de ética pública en otros escenarios menos modernos y menos laicos existentes en la actualidad, como son los autoritarios o los de una religiosidad preponderante como la de ciertos países musulmanes, y que parecen menos preferibles”¹¹².

Hasta aquí la distinción entre ética pública y ética privada. Esta distinción, sin embargo, no es el único elemento a partir del cual Peces-Barba sostiene el positivismo corregido, pues lo son también las tesis del hecho fundante básico, así como de la norma fundamental. A ellas me referiré a continuación. Peces-Barba sostiene una conexión necesaria entre poder y Derecho. Esto es así, porque afirma la tesis de que el poder es el hecho fundante básico del Derecho¹¹³. Peces-Barba formula esta tesis a partir de una crítica al positivismo jurídico. Hablando del positivismo jurídico hartiano, Peces-Barba objeta que “Hart no entra en el análisis del [p]oder que sustenta y hace posible esa realidad [el Derecho] y que en parte intuye porque está también formado por los operadores

¹⁰⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción”, a *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 11. En este sentido, véase *Id.*, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 169.

¹¹⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 291.

¹¹¹ *Ídem.*, p. 138.

¹¹² *Ídem.*, p. 238.

¹¹³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, Poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 76.

jurídicos, e incluso por los propios ciudadanos”¹¹⁴, y refiriéndose al positivismo jurídico kelseniano, Peces-Barba sostiene que “Kelsen pretende un imposible, un positivismo sin poder derivado de una hipótesis o de una ficción. Es un purismo metodológico que se separa de la realidad”¹¹⁵. Peces-Barba afirma que sostener la tesis del hecho fundante básico “pone de relieve la imposibilidad de mantener la tesis kelseniana de la norma fundante básica, al esclarecer que el Derecho válido depende de una voluntad, la voluntad del poder, y que esa norma fundante básica no es sino el enmascaramiento racional de un hecho, el hecho del [p]oder. Por consiguiente, más que de norma fundante básica hay que hablar de un hecho fundante básico del [o]rdenamiento jurídico, el [p]oder, y de una norma fundamental, no supuesta, sino puesta y apoyada en ese poder de manera más directa, y que en la cultura jurídica europea actual es la [C]onstitución”¹¹⁶. Dicho de otra forma, para Peces-Barba, “la tesis que [está] sosteniendo de que las normas proceden y su validez depende, en última instancia, del hecho fundante básico, que es un hecho real, permite sostener que el conjunto de normas apoyado en el poder es la empirie sobre la que trabaja la [C]iencia [J]urídica [...] [Así] este planteamiento permite superar el excesivo formalismo, por ejemplo de la construcción kelseniana, sin abandonar el punto de vista normativista, aunque corrigiéndolo y completándolo, pero sin caer en el sociologismo jurídico”¹¹⁷.

Frente a estas objeciones al positivismo jurídico, por tanto, en opinión de Peces-Barba, “el hecho fundante básico puede suministrar elementos adicionales de análisis que pueden tener algún interés y que pretenden también superar los obstáculos del normativismo kelseniano y del realismo”¹¹⁸. Como ya se dijo, para Peces-Barba, el hecho fundante básico del Derecho es el poder. Este último, dice Peces-Barba, debe ser entendido en sentido amplio, es decir, formado por el Estado, esto es, “el Estado moderno como fuente de producción normativa”¹¹⁹, así como “por el conjunto de las instituciones públicas y también por el poder de los grupos sociales y de los ciudadanos que participan

¹¹⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. XV-XXV, en especial p. XXII.

¹¹⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Cuarta: Derecho y fuerza”, en *Id et al*, *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 101.

¹¹⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1983), Debate, 4ª reimp., Madrid, 1993, p. 267.

¹¹⁷ Ídem., p. 295.

¹¹⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. XXII.

¹¹⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 334.

en la formación del Derecho y que luego contribuyen a su implantación a través de una aceptación generalizada. Es una realidad compleja en la que participan órganos e instituciones, poderes fácticos que detentan la fuerza física, operadores jurídicos, funcionarios y ciudadanos”¹²⁰. Por ello, en palabras de Peces-Barba: “[e]l poder, que es el hecho fundante básico que sostiene al [o]rdenamiento jurídico del Estado constitucional y es garante de su validez y de su eficacia, no es así un hecho bruto, simple expresión de la fuerza, sino un hecho institucionalizado, constituido por hombres y por grupos de hombres que deliberan sobre los objetivos y los fines del Estado y del [D]erecho”¹²¹.

El hecho fundante básico del Derecho es, entre otros, el poder político¹²², conformado como se acaba de señalar, en primer lugar, por el Estado. Se trata, para Peces-Barba, del “Estado, como hecho institucionalizado que incorpora una moralidad crítica y la convierte en moralidad política. El modelo específico de Estado que incorpora la ética pública de la modernidad es el Estado liberal, social y democrático de Derecho, en sus diversas fases de evolución. Este específico tipo de Estado será el hecho fundante básico de un determinado sistema jurídico, que traslada los valores políticos de la ética pública de la modernidad [...] al [o]rdenamiento jurídico, y los convierte en valores jurídicos, es decir, en moral legalizada”¹²³. Dicho de otra forma, para Peces-Barba, no estamos hablando del poder de cualquier tipo de Estado, “sino que es el del Estado calificado como social y democrático de Derecho y, por tanto, como parlamentario representativo, y por eso el legislador constituyente expresa los fines del ordenamiento jurídico, los valores superiores en este artículo 1º”¹²⁴ de la Constitución española de 1978, por ejemplo. De este modo, en suma, para Peces-Barba, “el único poder capaz de impulsar la positivación garantizada de los derechos humanos es el poder resultante de una sociedad democrática”¹²⁵.

¹²⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., pp. XXII y XXIII.

¹²¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., pp. 170 y 171.

¹²² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción General”, a VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1987, p. 16.

¹²³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., pp. 90 y 91.

¹²⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores* (1984), Tecnos, 1ª reimp., Madrid, 1986, p. 57.

¹²⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987) (1982), en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 19-118, en especial p. 77 (G.

Como se vio, Peces-Barba sostiene la tesis de que el poder es el hecho fundante básico del Derecho, a partir de una crítica al positivismo jurídico. Señalé que, hablando de la teoría de Kelsen, Peces-Barba propone la sustitución de la norma fundante básica por el hecho fundante básico, así como la afirmación de una norma fundamental. Este es, como ya se advirtió, otro de los elementos a partir de los cuales Peces-Barba sostiene el positivismo corregido. En lo que sigue me referiré a la idea de una norma fundamental. Para ello quizás lo primero que convenga advertir es que, para Peces-Barba, “la validez será la pertenencia al [o]rdenamiento jurídico de una norma, porque se ajusta a los criterios de producción de normas de ese [o]rdenamiento”¹²⁶. De este modo, dice Peces-Barba: “[l]a norma básica de identificación de normas resuelve los problemas de validez, entendida ésta como pertenencia al ordenamiento, al establecer los criterios para que una norma sea considerada válida”¹²⁷. Así, según Peces-Barba, una norma es válida o pertenece al ordenamiento si cumple los criterios formales y materiales. La norma fundamental, “norma de identificación de normas” o “norma básica de identificación de normas”¹²⁸, entre otras disposiciones¹²⁹, como se acaba de decir, contiene aquellos criterios de validez o, lo que es lo mismo, esta norma “es expresión de los criterios que se utilizan en el [o]rdenamiento, para identificar a las normas válidas”¹³⁰.

Pero quizás antes de referirme a estos criterios, convenga decir que para Peces-Barba la norma fundamental se identifica con la tesis de la regla de reconocimiento de Hart o bien, con la Constitución, como ya se señaló. En efecto, en sus palabras: “[l]a norma de reconocimiento es Derecho válido y Derecho positivo y se sitúa normalmente en la norma fundante básica, que es la Constitución en la cultura jurídica de nuestro tiempo, aunque sea tan flexible como la Constitución [b]ritánica”¹³¹. Si esto es así, es posible señalar que la Constitución, entendida como norma fundamental, es norma suprema del ordenamiento jurídico. Peces-Barba defiende esta idea cuando afirma que: “[e]l sistema jurídico es una construcción gradual y escalonada donde la norma superior

PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987), *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1982).

¹²⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 127.

¹²⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Cuarta: Derecho y fuerza”, en *Id et al*, *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 104.

¹²⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., pp. 216 y 293.

¹²⁹ Ídem., pp. 107 y 108.

¹³⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 90.

¹³¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, cit., p. XXIII.

apoya la producción de la norma inferior y donde ésta es ejecución de la norma superior. Pero no podemos llevar ese proceso hasta el infinito. Tenemos que señalar la norma de cierre, aquella que clausura en la cima el sistema y que no reconoce ninguna otra norma superior. En nuestro modelo hay una norma básica puesta que es la norma de identificación de normas, que se residencia, en el Derecho positivo, en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, y que contiene los referentes de validez de las restantes normas, el órgano competente para producirlas, el procedimiento de producción y los contenidos y límites en esos contenidos”¹³².

Ya se dijo que, para Peces-Barba, validez es pertenencia al ordenamiento. Señalé que una norma es válida o pertenece al ordenamiento si cumple los criterios formales y materiales establecidos en la norma fundamental. De este modo, es posible distinguir entre dos dimensiones de esta norma, esto es, una norma fundamental formal y una norma fundamental material. Efectivamente, en palabras de Peces-Barba, “la norma básica tendrá dos dimensiones: una formal, que comprende los criterios formales de validez – órganos y procedimientos-, y una material, que comprende los criterios materiales de validez. Por consiguiente, la validez del [D]erecho, la pertenencia de las normas al [o]rdenamiento, se obtendrá constatando la adecuación de cada norma a esos criterios formales y materiales”¹³³. Si, como se acaba de decir, la norma fundamental tiene dos dimensiones, y su función es identificar a las normas válidas, no se trata, entonces, de una norma única: “[p]or eso se puede hablar también de normas básicas de identificación de normas, puesto que realizan esa función, a la vez prescriptiva y descriptiva. Por la función prescriptiva la norma establece las condiciones formales y de contenido que se exigen para que una norma sea válida. Por la función descriptiva se constata si una norma existente reúne las condiciones exigidas y, en consecuencia si es válida. La función prescriptiva es *a priori*, es decir, señala los criterios de validez y la función descriptiva es *a posteriori*, con una norma que se pretende comparar con esos criterios de validez para verificar si los reúne”¹³⁴. La función prescriptiva de la norma fundamental se encuentra en la Constitución, en tanto que la descriptiva se lleva a cabo, por ejemplo, por el Tribunal

¹³² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Cuarta: Derecho y fuerza”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 104.

¹³³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 167.

¹³⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al, Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 347.

Constitucional. Dicho esto, conviene referirme ahora a los criterios de validez en la teoría de Peces-Barba.

Los criterios formales de validez, por su parte, son el órgano competente y el procedimiento adecuado para la producción de normas jurídicas. Una norma es formalmente válida si ha sido creada por el órgano y conforme al procedimiento establecidos en la norma fundamental. Efectivamente, para Peces-Barba, estamos hablando “de los criterios formales sobre quién manda, órganos competentes para la producción jurídica, y cómo se manda, procedimientos establecidos para esa producción”¹³⁵. Pero existe una tercera pregunta: ¿qué se manda? Esta cuestión la responden los criterios materiales de validez. Estos son los valores, principios y derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, según Peces-Barba, la ética pública de la modernidad. Pero antes de avanzar sobre ello, creo que conviene ilustrar su incorporación, por ejemplo, en el caso de la Constitución española. En palabras de Peces-Barba, hablando de su intervención en la elaboración del anteproyecto de Constitución, dice que “planteó las dimensiones principales de [su] propuesta: única Constitución con rechazo expreso de la posibilidad de hacer varias leyes constitucionales y organización de los poderes, inclusión de los derechos y de sus garantías en el texto [c]onstitucional precedidos de una declaración expresada por valores que el [o]rdenamiento jurídico debe realizar, como norma básica material”¹³⁶.

Como se vio, Peces-Barba sostiene la tesis del hecho fundante básico a manera de crítica al positivismo jurídico, en concreto, a la teoría de Kelsen. Pero aquí debe advertirse que la idea de una norma básica material también se sostiene a manera de corrección o, mejor dicho, de complemento del positivismo kelseniano. De este modo, continuando con la reseña de Peces-Barba sobre la elaboración de la Constitución española, dice que para él “era trascendente que se hubiera decidido hacer un solo texto que permitiese integrar el normativismo formalista (el Derecho como sistema de poderes y de procedimientos) con esos contenidos materiales (valores y derechos fundamentales). La aportación de Kelsen a la historia de la cultura jurídica, se completaba con la positivación de una moralidad democrática que había ido cristalizando a lo largo del mundo moderno”¹³⁷, y

¹³⁵ Ídem., p. 354.

¹³⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 35.

¹³⁷ Ídem., pp. 37 y 38.

la incorporación de esa moralidad, para Peces-Barba: “[s]e trataba de una de las dimensiones más originales y progresistas que al positivizar una moralidad la convertía en faro o guía para la interpretación de todo el resto de la Constitución y del [o]rdenamiento, como norma básica material”¹³⁸.

Esta, como ya se señaló, no es otra cosa más que la dimensión material de la norma fundamental, que contiene los criterios materiales de validez. Estos criterios o contenidos materiales son, como ya se dijo también, los valores, principios y derechos fundamentales que, para Peces-Barba, conforman la ética pública de la modernidad. De este modo se entiende que: “[l]as formas en que se integra la moralidad en el Derecho, como ética pública positivizada, es a través de los valores, de los principios de organización, de producción normativa y de interpretación y de los derechos fundamentales”¹³⁹ o, lo que es lo mismo, dice Peces-Barba: “[l]a norma fundante básica de identificación de normas resultante de ese poder [el hecho fundante básico] recogería como contenido de su dimensión material (la norma básica material) los valores de libertad, seguridad, igualdad y solidaridad, y sus derivados, principios de organización de los poderes y derechos fundamentales”¹⁴⁰. Así, por otro lado, queda claro que para Peces-Barba, los valores ocupan un lugar fundamental, pues de ellos derivan los principios y derechos. En sus palabras, hablando de los contenidos materiales: “[e]n este sentido [...] hay un *prius*, los valores, que recoge el núcleo de la moralidad de la modernidad, que se incorpora al Estado social y democrático de Derecho, como moralidad política y con su impulso se convierten en valores jurídicos [...] [De esta manera] se puede hablar de cuatro valores que constituyen la moralidad del poder y del Derecho en este paradigma político y jurídico de la modernidad y que son [...] libertad, igualdad, solidaridad y seguridad jurídica. Esta afirmación supone que la idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, inseparable de la condición humana, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica”¹⁴¹. En fin, como se ha insistido, hablar de criterios o

¹³⁸ Ídem., p. 108.

¹³⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 87.

¹⁴⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 348.

¹⁴¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, Poder y Derecho”, en *Id., Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 60.

contenidos materiales, esto es, de valores, principios y derechos fundamentales, no es más que referirse a la ética pública de la modernidad incorporada en el Derecho.

En efecto, se trata de “requisitos de contenido, es decir, la moralidad legalizada. Ésta comprende los valores, los derechos y los principios de organización, que ninguna norma puede contradecir y que normalmente aparecen en la Constitución y en las leyes orgánicas de desarrollo, que forman el bloque de constitucionalidad, interpretado por el Tribunal Constitucional. Son, en ese sentido guía de producción e interpretación de otras normas y también límite de las mismas”¹⁴². Ya se dijo que, para Peces-Barba, los valores ocupan un lugar fundamental. Pero señalé que estos no son los únicos criterios materiales de validez, pues lo son también los principios. Estos, dice Peces-Barba, “que derivan igualmente de los valores superiores y que completan, con los derechos, la moralidad pública, suponen la moralidad interna del [p]oder y del Derecho. Son condiciones de éstos, situados en la definición de su estructura y no obstáculos exteriores que los controlan. No son límites al poder, sino elementos configuradores del poder, que desde esa condición contribuyen a su limitación [...] [Estos principios son, por ejemplo] el principio de independencia del poder judicial, el de autonomía de los municipios, o de las universidades, el de neutralidad de la Administración, etc.”¹⁴³. Los valores y principios no son los únicos criterios materiales de validez, pues lo son también los derechos fundamentales.

En el caso de los derechos fundamentales es particularmente claro este papel de criterios materiales de validez. Esto es así, en palabras de Peces-Barba, porque: “[e]n el estudio de los derechos se entremezclan dimensiones centrales de la moral, de la política y del Derecho y suponen hoy el núcleo de la legitimidad en las sociedades democráticas, el contenido material de las Constituciones, junto con los principios y valores que los inspiran, y una de las principales guías en la conducta de los partidos políticos, de los órganos e instituciones que producen Derecho y de todos los operadores jurídicos que contribuyen profesionalmente al proceso de creación, interpretación y aplicación de las normas. Como referencia axiológica, como contenido de la idea de justicia, de la moralidad del Derecho, cumplen en las modernas sociedades de nuestro tiempo la función

¹⁴² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 347.

¹⁴³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, Poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., pp. 68 y 69.

reguladora que realizaba en la cultura clásica el Derecho [n]atural”¹⁴⁴. Esta última idea explica, como ya se mencionó, que para Peces-Barba los criterios materiales de validez no son otra cosa más que la ética pública de la modernidad. Esta, como se ha insistido, se incorpora en el Derecho y funciona como criterio de validez o, lo que es lo mismo, parece que Peces-Barba defiende que la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral. Esta es la razón por la que trato el positivismo corregido de G. Peces-Barba en este capítulo dedicado a las variedades de positivismo jurídico incluyente.

Conviene repetir que Peces-Barba sostiene la tesis del hecho fundante básico a partir de una crítica al positivismo jurídico. Aquí es preciso advertir además que Peces-Barba afirma la tesis de la incorporación de la ética pública de la modernidad en el Derecho también a partir de una objeción al positivismo. En sus palabras: “[u]na interpretación amplia de la separación conceptual entre Derecho y moral llevó a sectores del positivismo jurídico (Kelsen, por ejemplo) a propugnar una idea pura del Derecho donde las dimensiones de justicia no formasen parte de su concepto. Sin embargo, la distinción entre ética pública y ética privada permite otra interpretación. Así, la separación del Derecho es con la ética privada y no alcanza a la ética pública, que tiene precisamente como vocación realizarse en el Derecho. Representa los objetivos y fines de justicia que el Derecho debe alcanzar”¹⁴⁵. Dicho de otra forma, según Peces-Barba: “[l]a identificación de la moral que es conceptualmente diferente del Derecho exige plantear la distinción entre ética pública y ética privada, para afirmar inmediatamente que es la ética privada la que es conceptualmente distinta del Derecho”¹⁴⁶.

Como se acaba de decir, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral sostenida por el positivismo jurídico, para Peces-Barba, se refiere a la ética privada, pues la ética pública de la modernidad se incorpora en el Derecho y esto es así, a través de los cauces de producción normativa. Efectivamente, dice Peces-Barba: “[l]os principios, valores o derechos situados en el ámbito de la moralidad no se incorporan al ámbito de la juridicidad sin pasar por esos requisitos de producción normativa establecidos por la

¹⁴⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a *Id et al, Curso de derechos fundamentales...*, cit., pp. 13-15, en especial p. 15.

¹⁴⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 87.

¹⁴⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit., p. 17.

norma básica de identificación de normas”¹⁴⁷. O, lo que es lo mismo, señala Peces-Barba: “[l]a moralidad del Derecho es la ética pública jurídica o justicia que no existe autónomamente del Derecho positivo, sino que se constituye incorporándose a éste a través de las formas ordinarias de producción normativa: Constitución, ley y Derecho judicial, especialmente el elaborado desde el Tribunal Constitucional y desde el Tribunal Supremo. Cuando pretende incorporarse al Derecho positivo como ética o justicia crítica presiona por los cauces de comunicación normales en las sociedades democráticas, desde la protesta, al sufragio o al ejercicio de derechos como el de expresión, asociación o reunión. Sólo es Derecho tras su incorporación como contenido material de las normas, y forma parte de la validez que identifica a las que constituyen el ordenamiento”¹⁴⁸.

Hasta aquí las tesis del hecho fundante básico, así como de la norma fundamental que, como ya se dijo, junto con la distinción entre ética pública y ética privada, son los elementos a partir de los cuales Peces-Barba sostiene el positivismo corregido. A este planteamiento sobre el Derecho me referiré a continuación. Creo que la primera formulación del positivismo corregido es en *Introducción a la Filosofía del Derecho*¹⁴⁹. Efectivamente, Peces-Barba afirma en el Prefacio que esa obra se trata de “un esfuerzo sistemático, el primero que [realiza] para una comprensión integral del fenómeno jurídico. Partiendo de la realidad del Derecho y de su relación con el [p]oder, como fundamento último de su validez, como hecho fundante básico, [aborda] el concepto del Derecho desde el [o]rdenamiento jurídico, como conjunto de normas de conducta y de organización. [Se sitúa] por consiguiente, en una posición normativista corregida, que [califica] de normativismo realista”¹⁵⁰ o bien, de “realismo normativista”¹⁵¹. Estas denominaciones obedecen, por una parte, a que el Derecho es entendido como un conjunto de normas y, por otra, a que como ya se dijo, para Peces-Barba, entre poder y Derecho existe una relación necesaria. Pero además creo que, calificando de esta manera a su planteamiento, Peces-Barba pretende superar una objeción señalada por el realismo jurídico en contra del positivismo. En efecto, en sus palabras: “[a]l colocar al hecho del [p]oder efectivo como fundamento último de la validez global del [o]rdenamiento,

¹⁴⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 169.

¹⁴⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Decimotercera: Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., pp. 319-352, en especial p. 323.

¹⁴⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit.

¹⁵⁰ Ídem., p. 13.

¹⁵¹ Ídem., p. 124.

estamos identificando a éste con el hecho de la eficacia global, con lo cual superamos la crítica del realismo hacia el normativismo a través de un realismo normativista o a través de un normativismo realista”¹⁵².

De este modo, en fin, Peces-Barba sostiene “una concepción normativa, que, por consiguiente centra la definición de lo jurídico en la norma o en el sistema de normas que llamamos [o]rdenamiento, con todos los matices que desde la relación entre Derecho y [p]oder, y entre Derecho y vida social humana estamos estableciendo”¹⁵³. Debo advertir, por otra parte, que en trabajos posteriores Peces-Barba, sin dejar de lado la idea de ordenamiento o las tesis del hecho fundante básico, así como de la norma fundamental, sí abandona las denominaciones “normativismo realista” y “realismo normativista”, para hablar de un “positivismo corregido”, “normativismo corregido”¹⁵⁴ o bien, de un “positivismo ético”¹⁵⁵, dúctil¹⁵⁶, abierto o flexible¹⁵⁷. Este cambio de denominación responde, por una parte, a que como ya se avanzó, Peces-Barba sostiene las tesis del poder como hecho fundante básico del Derecho, así como de la norma fundamental, a partir de una crítica al positivismo jurídico, en concreto a las teorías de Kelsen y Hart. Creo que a este respecto son ilustrativas las siguientes palabras en las que, hablando de la obra de A. Ollero¹⁵⁸, Peces-Barba sostiene que no comparte “su visión rígida y estática del positivismo, porque [es] positivista. [Intenta] corregir sus errores y sus excesos, y no [se ve] reflejado en su retrato. Tampoco [cree] que estemos en la postmodernidad, y [discrepa] de su rechazo del papel de la voluntad en el Derecho que debe ser. [Ollero critica] a Kelsen y a Hart desde fuera, y [Peces-Barba intenta] corregirles y criticarles desde dentro”¹⁵⁹. Por ello, refiriéndose a la incorporación de la ética pública en el Derecho, Peces-Barba advierte que defender el positivismo corregido implica que: “[d]esde la corrección del modelo positivista podemos decir que se realizan los objetivos morales del poder, a través del Derecho, sistema de convivencia de organización social, para resolver conflictos, distribuir y ordenar la escasez y corregir el egoísmo de la

¹⁵² Ídem., p. 118.

¹⁵³ Ídem., p. 69.

¹⁵⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 414.

¹⁵⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los derechos económicos sociales y culturales: Apunte para su formación histórica y su concepto”, en *Id.*, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 65.

¹⁵⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 591.

¹⁵⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 166.

¹⁵⁸ A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el Derecho?...*, cit.

¹⁵⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el Derecho?...*, cit., p. 16.

condición humana”¹⁶⁰. Quizás por ello, se ha señalado que: “[e]l positivismo corregido se presenta como una vía intermedia entre el iusnaturalismo y el positivismo kelseniano”¹⁶¹, ya que tener en cuenta la relación entre ética, poder y Derecho, como lo hace Peces-Barba, “supone frente al positivismo clásico, la consideración de la moralidad para identificar al Derecho y frente al iusnaturalismo que esa consideración de la moralidad pasa necesariamente por la norma fundante básica”¹⁶².

Estas últimas ideas explican por qué Peces-Barba habla de un positivismo ético. Esto es así ya que, en su planteamiento, según se dijo, la ética pública de la modernidad se incorpora en el Derecho, a través de los cauces de producción normativa, y funciona como criterio material de validez. Efectivamente, en palabras de Peces-Barba: “[a]sí, el positivismo hoy se detecta porque coincide que detrás de toda norma, principio o regla existe siempre una voluntad, lo que supone afirmar la relación necesaria entre Derecho y poder; porque la moralidad pública, que es componente necesario del fenómeno jurídico, no es directamente Derecho por ser moralidad, sino porque se incorpora al sistema jurídico por las vías establecidas de los operadores habilitados por la norma fundante básica de identificación de normas. Es además, previamente, ética política asumida por el poder, hecho fundante básico del Derecho”¹⁶³. En suma, según Peces-Barba: “[p]ara el positivismo corregido o ético, los criterios de validez del [D]erecho también deben ser establecidos por una norma de identificación de normas que sea norma básica puesta, del sistema. Sin embargo, la que [ha] llamado moralidad ética o moralidad pública es relevante para identificar al [D]erecho; o, dicho de otra forma, unos criterios de moralidad forman parte de la norma básica de identificación de normas. Se diferencia del iusnaturalismo [...] porque no acepta como jurídica a una moralidad que no se incorpore al [D]erecho con arreglo a esas condiciones establecidas en la norma de identificación, es decir producidas como [D]erecho aunque como moralidad sean previas al mismo, por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento de producción preestablecido. Se diferencia del positivismo por esa relevancia que otorga a la moralidad que sitúa como

¹⁶⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 138.

¹⁶¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 601-622, en especial p. 608.

¹⁶² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El modelo desde la razón: Ética pública, Poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 92.

¹⁶³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo: Sobre el positivismo jurídico”, a J. SANTAMARÍA, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico...*, cit., p. 88.

componente necesario del [D]erecho. No es un adorno, sino que forma parte del contenido esencial de lo jurídico”¹⁶⁴.

Entendido de esta forma, el positivismo corregido, en opinión de Peces-Barba, no sólo “responde bastante al funcionamiento real de la maquinaria jurídica, lo que para una construcción teórica no es siempre habitual”¹⁶⁵, sino que además, dice Peces-Barba, “da cuenta mejor de la realidad de la cultura política y jurídica contemporánea, que tiene en cuenta las dimensiones materiales de moralidad para identificar al Derecho válido”¹⁶⁶. Esto es así, según Peces-Barba, por varias razones. La conexión entre libertad y ley. El proceso de positivación de los derechos. La idea de los fines y funciones del Derecho. La evolución del Estado parlamentario representativo al Estado jurisdiccional.

En este apartado mostré algunos aspectos del positivismo corregido de G. Peces-Barba. Dije que Peces-Barba distingue entre ética pública y ética privada. Señalé que sostiene la tesis del poder como hecho fundante básico del Derecho. Y precisé que propone una norma fundamental con dos dimensiones. Una formal que contiene los criterios formales de validez como son el órgano competente y el procedimiento adecuado. Y otra material que contiene los criterios materiales de validez, que son los valores, principios y derechos fundamentales, que conforman la ética pública de la modernidad. Apunté que, a partir de estos elementos teóricos, Peces-Barba propone una corrección al positivismo jurídico sosteniendo, como su nombre lo indica, un positivismo corregido. Este viene a decir, como se ha insistido, que el poder es el hecho fundante básico del Derecho, en el que existe una norma fundamental que establece criterios formales y materiales para determinar la validez de las normas, y que los criterios materiales no son otra cosa más que los valores, principios y derechos fundamentales que conforman la ética pública de la modernidad. Dicho de otra forma, la ética pública funciona como criterio de validez y por ello, conforme al planteamiento de Peces-Barba, la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral. Esta es, conviene repetirlo, la razón por la cual traté el positivismo corregido en el presente capítulo dedicado a algunas de las variedades del positivismo jurídico incluyente. Lo interesante, sin embargo, es que “si el positivismo se identifica, en opinión de Peces-

¹⁶⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 166.

¹⁶⁵ Ídem., p. 167.

¹⁶⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 52.

Barba, con una teoría que niega la relevancia a la moralidad que se incluye como componente necesario del Derecho, habría que determinar, en su caso, de qué moralidad se está hablando”¹⁶⁷, o si, en realidad, se está hablando de moral.

A mi forma de ver las cosas, y esta es la conclusión del presente apartado, el positivismo corregido de Peces-Barba no es una variedad de positivismo jurídico en versión incluyente, porque aunque concediéramos que la ética pública es moral, la cuestión es que sólo limita la validez si ha sido incorporada al Derecho. Si bien es cierto que: “[l]a relación entre la ética y el Derecho exige una distinción conceptual entre ética pública y ética privada”¹⁶⁸, no lo es menos que, para Peces-Barba, “es la ética privada la que es conceptualmente distinta del Derecho”¹⁶⁹, de modo que la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral se refiere a la ética privada. La ética pública, en cambio, se incorpora en el Derecho y esto es así a través de los cauces de producción normativa. Esta idea es aceptada por Peces-Barba cuando afirma que: “[l]a moralidad pública positivizada no contradice la tesis de la separación conceptual, porque se incorpora al Derecho por los cauces de producción normativa (Derecho legal en sentido amplio y Derecho judicial) y actúa como Derecho y no como moral [...] Por consiguiente, aun cuando considerásemos que la moral pública está comprendida en el ámbito abarcado por la separación conceptual entre Derecho y moral, a efectos dialécticos, al incorporarse al Derecho, pierde, de alguna manera, su condición de moral y adquiere los rasgos del Derecho. No podríamos hablar, en este caso, de separación entre Derecho y moral, sería lógicamente un absurdo”¹⁷⁰.

Incluso, en el caso de los derechos fundamentales, que como se vio forman parte de los criterios o contenidos materiales, Peces-Barba reconoce que no podría hablarse de ellos sino hasta el momento en que esas “exigencias éticas justificadas”, “moralidad” o bien, esos “ideales morales” se incorporan en el Derecho¹⁷¹. Y lo mismo podría decirse

¹⁶⁷ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, cit., p. 609.

¹⁶⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 83.

¹⁶⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit., p. 17.

¹⁷⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo: Sobre el positivismo jurídico”, a J. SANTAMARÍA, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico...*, cit., p. 97.

¹⁷¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., pp. 160 y 199; e *Id.*, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Id.*, *Escritos*

respecto de los valores¹⁷². De modo que, en relación con la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, no encuentro diferencia alguna entre el positivismo corregido y el positivismo jurídico hartiano. Pues como argumenté en el capítulo anterior, cuando Hart concede frente a la crítica de Dworkin que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido, con ello no se refiere a principios de moral objetiva. Esto es así, entre otras razones porque como señalé los ejemplos que cita Hart, como las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, no son moral sino Derecho. Y lo mismo puede decirse respecto del positivismo corregido, pues como se acaba de advertir la ética pública no limita la validez sino hasta que es incorporada al Derecho.

Acabo de señalar que hablando de la tesis de la separación conceptual no encuentro diferencia alguna entre el positivismo corregido y el positivismo jurídico hartiano, como tampoco la encuentro en relación con las tesis de las fuentes sociales y de la discrecionalidad judicial. Digo esto porque Peces-Barba tiene algunos textos en los que suscribe estas ideas. Al respecto de la tesis de las fuentes, por ejemplo, Peces-Barba afirma que “el Derecho son comportamientos humanos o relaciones humanas, que se establecen como modelos de comportamiento, que cristalizan en normas para organizar la convivencia social”¹⁷³, en tanto que en relación con la tesis de la discrecionalidad, Peces-Barba explicando la conexión necesaria entre poder y Derecho, así como la incorporación de la ética pública en el Derecho a través de los cauces de producción normativa, señala que “frente a la tesis de la única respuesta correcta, el positivismo se identifica por la pluralidad de respuestas posibles a los casos difíciles dentro del sistema es la tesis de la discrecionalidad de los jueces”¹⁷⁴.

Hasta aquí podría concluir que el positivismo corregido es lo mismo que el positivismo jurídico hartiano, pues además ambos son teorías generales y descriptivas. Aunque debo advertir que hablando del positivismo corregido de Peces-Barba se ha

sobre derechos fundamentales, cit., pp. 227-264, en especial p. 231 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4).

¹⁷² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Lección Decimotercera: Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en *Id et al*, *Curso de Teoría del Derecho*, cit., p. 324; e *Id.*, *Los valores superiores*, cit., pp. 18 y 89.

¹⁷³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 25.

¹⁷⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo: Sobre el positivismo jurídico”, a J. SANTAMARÍA, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico...*, cit., p. 88.

sostenido que: “[s]u modelo teórico es prescriptivo –aunque en algunos momentos lo haga dentro de un marco descriptivo- y si bien a veces puede no existir plenamente en la realidad, su utilidad consiste en servir de referencia y paradigma racional, o, si se prefiere, de horizonte utópico, para la construcción del sistema político jurídico que propone”¹⁷⁵. Pero recuérdese que en este capítulo estoy formulando un argumento para sostener que el planteamiento de Hart es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista.

Creo que esto es así, por lo menos, frente al positivismo corregido por algunas razones. La primera es que si bien es cierto que Peces-Barba sostiene la tesis de que el poder es el hecho fundante básico del Derecho, no lo es menos que en mi opinión esta afirmación escapa del ámbito de la Teoría del Derecho, para ubicarse en el de la Teoría Política. Aunque podría objetarse que no están del todo claros los límites entre estas teorías. La segunda razón tiene que ver con la distinción entre criterios formales y materiales de validez, pues creo que estos últimos no son más que normas jurídicas que funcionan como límites a la competencia del órgano productor, pero no es necesario desarrollar aquí esta tesis, porque será objeto de una reflexión posterior, en concreto, en el capítulo quinto a propósito de la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. Y una tercera razón es que pueden formularse algunas objeciones a la distinción entre ética pública y ética privada. Por una parte, aunque concediéramos que la ética pública es moral, la cuestión es que no limita la validez sino hasta que es incorporada al Derecho y, por otra, se ha sostenido creo que con acierto que: “[h]ay elementos de la ética privada que pueden incorporarse al Derecho y entonces lo que no se entiende muy bien es qué añade a este positivismo corregido la distinción entre ética pública y privada”¹⁷⁶. Entre estos elementos piénsese, por ejemplo, en el matrimonio monogámico canónico. Si esto es así, no encuentro elemento alguno que nos permita hablar de una “corrección” al positivismo jurídico o, por lo menos, al positivismo jurídico hartiano. Debo advertir, sin embargo, que si la “corrección” de la que habla Peces-Barba se refiere al Estado constitucional o, lo que es lo mismo, si lo que Peces-Barba viene a decir es que es necesario corregir al positivismo jurídico porque en este tipo de sistema jurídico se produce una conexión entre Derecho y moral, es un tema al que me referiré en la segunda

¹⁷⁵ R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho...*, cit., p. 120.

¹⁷⁶ R. ESCUDERO ALDAY, *Los calificativos del positivismo jurídico: El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 160.

parte de esta investigación. Aquí, en cambio, me limitaré a concluir que en mi opinión el positivismo jurídico hartiano, a diferencia del positivismo corregido, es una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, porque no le son oponibles las objeciones antes señaladas a la obra de Peces-Barba. He reiterado que en este capítulo estoy exponiendo algunas variedades de positivismo jurídico incluyente. Se ha dicho que una de estas variedades es el positivismo crítico de L. Ferrajoli.

4. El garantismo como teoría jurídica: el positivismo crítico

Ferrajoli sostiene el garantismo a manera de reacción frente al positivismo jurídico. La objeción viene a decir que el positivismo jurídico, en opinión de Ferrajoli, es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional¹⁷⁷. Por positivismo jurídico, Ferrajoli entiende aquel planteamiento sobre el Derecho que, identificado con Kelsen, Hart y Bobbio, se distingue de su teoría, dice, por “la novedad estructural que ellos ignoran o en todo caso valoran poco, introducida en el viejo paradigma iuspositivista por las [C]onstituciones rígidas de las democracias actuales. Esta novedad [...] consiste en una [...] *divergencia deóntica*: la que existe entre validez y vigencia. Esta divergencia es generada por la positivación del deber ser constitucional de las normas mismas a través de la estipulación de derechos fundamentales u otros principios de rango constitucional que actúan como normas *sustanciales* de reconocimiento de la validez de las normas vigentes”¹⁷⁸. Pero esta objeción de Ferrajoli no es sólo que el positivismo, al que llama “iuspositivismo dogmático”¹⁷⁹, ignore la distinción entre validez y vigencia, sino que, en concreto hablando de las teorías de Kelsen y Bobbio, señala que “esta concepción del Derecho, de la democracia, de la [C]iencia [J]urídica y también de la teoría política es fruto de una singular incompreensión del cambio de paradigma del Derecho que ha tenido

¹⁷⁷ L. FERRAJOLI, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho” (1997), trad. de M. Beloff y C. Courtis, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 253-264, en especial p. 263.

¹⁷⁸ L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia *et al.*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 167-216, en especial p. 191.

¹⁷⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, Trotta, 5ª ed., Madrid, 2001, p. 871 (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Gius Laterza y Figli, 1989).

lugar con la introducción, el siglo pasado, de [C]onstituciones rígidas supraordenadas a la completa producción nomodinámica del Derecho”¹⁸⁰. La objeción de Ferrajoli es que “el sistema de categorías que nos ha proporcionado el paleo-iuspositivismo [...] no supera la prueba de su aplicación en el paradigma constitucional. Contrastado con éste, carece de adecuada capacidad explicativa. No capta su complejidad estructural. Acaba por eliminar de nuestro horizonte teórico sus aspectos más innovadores y progresivos. Si no queremos incurrir en contradicciones y, a la vez, vaciar al constitucionalismo de su alcance garantista, el paleo-iuspositivismo debe ser radicalmente revisado”¹⁸¹.

La tesis de Ferrajoli es que, a mediados del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial¹⁸², en Europa se produjo un cambio de paradigma en el Derecho¹⁸³, así como en la democracia¹⁸⁴, que llama “constitucionalismo”¹⁸⁵ o bien, “modelo neo-iuspositivista del *Estado constitucional de Derecho* (o *Estado constitucional*)”¹⁸⁶. Este cambio de paradigma consistió en la introducción, por una parte, de Constituciones rígidas y, por otra, del control de constitucionalidad. Esta introducción supone una innovación que, para Ferrajoli, constituye “la sustancia del constitucionalismo moderno”¹⁸⁷. Este cambio de paradigma obedeció también, en opinión de Ferrajoli, a la

¹⁸⁰ L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Cuestiones biográficas: Trabajo intelectual y compromiso civil”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 13-30, en especial p. 28.

¹⁸¹ L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia *et al.*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, *cit.*, p. 216.

¹⁸² L. FERRAJOLI, “La pragmática de la Teoría del Derecho”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, *cit.*, pp. 109-139, en especial p. 122; *Id.*, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho” (1997), trad. de M. Beloff y C. Courtis, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, *cit.*, pp. 256 y 257; e *Id.*, “Tribunal Penal Internacional y constitucionalismo global” (1998), trad. de G.I. Anitua y M. Monclús Masó, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 115-124, en especial p. 116 (L. FERRAJOLI, “Una decisione storica per la quale abbiamo lavorato anche noi”, *Fondazione Lelio Basso*, núm. 3, 1998).

¹⁸³ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 9-13, en especial p. 10.

¹⁸⁴ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 31.

¹⁸⁵ L. FERRAJOLI, “Hipótesis para una democracia cosmopolita” (1999), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, *cit.*, pp. 91-113, en especial p. 94 (L. FERRAJOLI, “Ipotesi per una democrazia cosmopolistica”, en VV.AA., *Metamorfosi della sovranità tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, edición de G.M. Cazzaniga, ETS, Pisa, 1999).

¹⁸⁶ L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” (2001), trad. de P. Allegue, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 13-29, en especial p. 14.

¹⁸⁷ L. FERRAJOLI, “La cultura jurídica en la Italia del siglo XX” (1996), trad. de P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, *cit.*, pp. 169-229, en especial p. 207.

“constitucionalización de los derechos fundamentales”¹⁸⁸, lo que supuso, según Ferrajoli, la “penetración en el [D]erecho positivo de una racionalidad axiológica y sustantiva, añadida a la originaria racionalidad puramente formal y procedimental”¹⁸⁹, que se traducirá en vínculos para los poderes públicos. Dicho de otra forma, en el nuevo paradigma, las Constituciones, según Ferrajoli, “incorporan principios y derechos fundamentales como límites y vínculos ya no sólo para el Poder Ejecutivo y Judicial, sino también para el Poder Legislativo”¹⁹⁰.

Hablar de la existencia de vínculos formales y materiales implica, para Ferrajoli, que “la [C]onstitución se configura como un sistema de meta-reglas destinadas a todos los poderes públicos para garantizar los derechos de todos: reglas no sólo formales, referidas al *quién* y al *cómo* de las decisiones [...] y que se refieren a la representación política y a la división de poderes, sino también sustanciales referidas al *qué cosa* no se debe o se debe decir, como aquellas normas [...] sobre los derechos de libertad que el Estado no debe violar y sobre los derechos sociales que el Estado debe satisfacer”¹⁹¹. Estos vínculos no sólo sujetan a los poderes públicos, sino también al poder de la mayoría, y este es, para Ferrajoli, “el fundamento del [E]stado constitucional de [D]erecho”¹⁹². La incorporación de contenidos materiales en la Constitución que establece vínculos para los poderes públicos, así como para la mayoría como se acaba de ver, supone además que, junto con los criterios formales, esto es, órgano competente y procedimiento adecuado

¹⁸⁸ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 37-72, en especial p. 45 (L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, *Teoria Politica*, núm. XIV/2, 1998) (Este texto se publicó además como L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez et al, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 19-56).

¹⁸⁹ L. FERRAJOLI, “La soberanía en el mundo moderno” (1994), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 125-175, en especial p. 141 (L. FERRAJOLI, “La soberanía en el mundo moderno”, ponencia presentada en el XIX Congreso nacional de Filosofía del Derecho que tuvo lugar en Trento los días 29 y 30 de septiembre de 1994 sobre el tema <Crisi e metamorfosi della sovranità>. Se retoman y desarrollan buena parte de las tesis expuestas en la ponencia titulada *La conquista dell’America e la dottrina della sovranità esterna degli Stati* presentada al <Tribunal permanente de los Pueblos> con motivo del V Centenario de la Conquista, en Padua, del 5 al 9 de octubre de 1992, publicada en *Meridiana* 15 (1992), pp. 17-52, y en *500 anni di solitudine. La conquista dell’America e il diritto internazionale*, editado por la Fundación Internacional Lelio Basso, Bertani, Verona, 1994, pp. 437-478. Finalmente vio la luz en las editoriales Anabasi (Milano, 1995) y, posteriormente, en Laterza (Roma-Bari, 1997)).

¹⁹⁰ L. FERRAJOLI, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 87-108, en especial p. 89; e *Id.*, “Jurisdicción y democracia”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, coordinación de J.O. Sotomayor Acosta, Temis, Bogotá, 2006, pp. 125-137, en especial p. 126.

¹⁹¹ L. FERRAJOLI, “La cultura jurídica en la Italia del siglo XX” (1996), trad. de P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 207 y 208.

¹⁹² L. FERRAJOLI, “Prólogo a la edición española” (1995), a *Id.*, *Derecho y razón...*, cit., pp. 9-12, en especial p. 11.

para la producción normativa, se establecen condiciones materiales de validez. A este fenómeno Ferrajoli le llama “doble artificialidad”¹⁹³, y explica que, en efecto, “ahora nos encontramos frente a una estructura caracterizada por una doble artificialidad: no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al [D]erecho, que es precisamente el rasgo específico del *Estado constitucional de [D]erecho*, en el cual la producción jurídica misma se encuentra disciplinada por normas de Derecho positivo, no sólo en lo que se refiere a su procedimiento de formación sino también a sus contenidos”¹⁹⁴. De este modo, para Ferrajoli, estamos en presencia de aquella divergencia deóntica que el positivismo jurídico ignora, esto es, entre el ser y el deber ser, y que él asumió gracias a su práctica como juez¹⁹⁵. Siguiendo con la explicación de Ferrajoli, no debe perderse de vista que, en sus palabras: “[s]i en virtud de la primera característica, el <ser> o la <existencia> del [D]erecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, <puesto> o <hecho> por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el <deber ser> del [D]erecho positivo, o sea, sus condiciones de <validez>, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el [D]erecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos – igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales- por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del [D]erecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes –su <deber ser>, y no sólo su <ser>- los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitucional de [D]erecho, como [D]erecho sobre el [D]erecho, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica”¹⁹⁶.

Esta divergencia entre ser y deber ser se presenta tanto en el Derecho como fuera de él. Así, es posible hablar de legitimación interna y de legitimación externa. En palabras

¹⁹³ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 67.

¹⁹⁴ L. FERRAJOLI, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho” (1997), trad. de M. Beloff y C. Courtis, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 259.

¹⁹⁵ L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Cuestiones biográficas: Trabajo intelectual y compromiso civil”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo...*, cit., pp. 15 y 16.

¹⁹⁶ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 15-35, en especial p. 19 (L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías”, ponencia expuesta en las Jornadas <La crisis del Derecho y sus alternativas>, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en Madrid, durante los días 30 de noviembre al 4 de diciembre de 1992. La primera versión en castellano de este texto se publicó en *Jueces para la democracia. Información y Debate* 16-17 (1992). La versión italiana se ha publicado en *Ragione Pratica* 1 (1993), pp. 143 ss.).

de Ferrajoli: “[d]e <legitimidad> y de <legitimación> del [D]erecho penal –como en general del [D]erecho positivo o de cada una de sus normas o instituciones- puede hablarse en dos sentidos distintos: en el sentido de <legitimidad> o de <legitimación externa> y en el sentido de <legitimidad> o <legitimación interna> [...] Por *legitimación externa* o *justificación* [debe entenderse] la legitimación del [D]erecho penal por referencia a principios normativos externos al [D]erecho positivo, es decir, a criterios de valoración morales o políticos o de utilidad de tipo extra o meta-jurídico. Por *legitimación interna* o *legitimación en sentido estricto* [debe entenderse] por el contrario la legitimación del [D]erecho penal por referencia a los principios normativos internos al ordenamiento jurídico mismo, esto es, a criterios de valoración jurídicos o si se quiere intra-jurídicos. El primer tipo de legitimación tiene que ver con las *razones externas* o, lo que es lo mismo, *del* [D]erecho penal; el segundo, con sus *razones internas*, o *de* [D]erecho penal. La distinción coincide en lo sustancial con la tradicional entre *justicia* y *validez*”¹⁹⁷.

Ya se dijo que una de las características del Derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX, para Ferrajoli, es la presencia de Constituciones rígidas. Pues bien, una Constitución es rígida si tiene previstos mecanismos agravados para su modificación. Dicho de otra forma, se trata de una Constitución que la legislación ordinaria no puede modificar¹⁹⁸. Pero, no debe perderse de vista, advierte Ferrajoli que: “[l]a rigidez constitucional no es, propiamente, una garantía, sino más bien un rasgo estructural de la [C]onstitución, vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa. Las [C]onstituciones, por consiguiente, son rígidas por definición, en el sentido de que una [C]onstitución no rígida no es en realidad una [C]onstitución sino una ley ordinaria”¹⁹⁹. El control de constitucionalidad, por otra parte, para Ferrajoli no es más que la posibilidad de que las leyes “a solicitud de los jueces encargados de aplicarlas, pueden ser anuladas mediante la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal constitucional”²⁰⁰. Este control de constitucionalidad está, a su vez, implicado en la rigidez de la Constitución. Esto es así, por una parte, porque la rigidez explica que “las

¹⁹⁷ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 213.

¹⁹⁸ L. FERRAJOLI, “La pragmática de la Teoría del Derecho”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 127.

¹⁹⁹ L. FERRAJOLI, “Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al.*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 71-115, en especial pp. 91 y 92.

²⁰⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 695.

leyes ordinarias, al aparecer situadas en un nivel subordinado respecto a las normas constitucionales, no pueden derogarlas so pena de su invalidación como consecuencia del correspondiente juicio de inconstitucionalidad”²⁰¹ y, por otra, ya que, para Ferrajoli, decir que la Constitución es rígida: “[s]ignifica que las [C]onstituciones no sólo se reconocen sino que se garantizan como normas supraordenadas a la legislación ordinaria a través de dos innovaciones. Por un lado, mediante la previsión de procedimientos especiales para su revisión. Y por otro, mediante la institución del control de constitucionalidad de las leyes a cargo de los tribunales constitucionales”²⁰². La introducción de la rigidez y del control de constitucionalidad nos permite hablar de una Constitución como norma jurídica suprema. Ferrajoli, de hecho, identifica la rigidez con la supremacía constitucional cuando afirma que “la *rigidez* consiste en la colocación de la [C]onstitución en el vértice de la jerarquía de las fuentes y por ello en el grado supraordenado y normativo de todas sus normas en relación con todas las demás del ordenamiento”²⁰³.

La Constitución, por otro lado, como ya se dijo, contiene los criterios de validez del resto de las normas. Lo que quiere decir, señala Ferrajoli, que “el [D]erecho se regula a sí mismo, imponiendo a su producción vínculos que no son ya solamente formales, o sea, relativos a sus formas, sino también sustanciales, es decir, relativos a sus contenidos”²⁰⁴. Esto es, según Ferrajoli, que las Constituciones “incorporan no sólo requisitos de regularidad formal, sino también condiciones de justicia sustancial”²⁰⁵. Se trata de criterios formales y de criterios materiales de validez. Estos últimos, entre otros, son los ya mencionados principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución. De este modo, para Ferrajoli, estamos en presencia de “un ordenamiento como el [E]stado constitucional de [D]erecho, en el que las leyes se encuentran sometidas no sólo a normas formales sobre su creación, sino también a normas sustantivas sobre su significado”²⁰⁶ o, lo que es lo mismo, dice Ferrajoli, “en un ordenamiento dotado de [C]onstitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya

²⁰¹ L. FERRAJOLI, “Garantías” (1999), trad. de G. Pisarello y A. de Cabo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 60-76, en especial p. 65 (L. FERRAJOLI, “Garantías”, publicado en *Parole-chiave* 19 (1999), pp. 15-32. Trad. castellana de A. de Cabo y G. Pisarello, en *Jueces para la democracia. Información y Debate* 38 (2000), pp. 39-46).

²⁰² L. FERRAJOLI, “Hipótesis para una democracia cosmopolita” (1999), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, *cit.*, p. 98.

²⁰³ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes...*, *cit.*, p. 40.

²⁰⁴ L. FERRAJOLI, “La soberanía en el mundo moderno” (1994), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, *cit.*, p. 147.

²⁰⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 358.

²⁰⁶ L. FERRAJOLI, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, *cit.*, pp. 265-282, en especial p. 269.

sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos sustanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la [C]onstitución”²⁰⁷. Esta es la premisa a partir de la que como se verá Ferrajoli afirma la tesis de la disociación entre vigencia y validez.

El garantismo, según Ferrajoli, es la otra cara del constitucionalismo²⁰⁸. Esto es así porque está “encaminado a asegurar las técnicas de garantía idóneas para garantizar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente”²⁰⁹, sin que deba perderse de vista, además, que garantismo, según Ferrajoli, “significa precisamente tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del [D]erecho penal”²¹⁰. Así, es posible señalar, reseña Ferrajoli, que desde hace algunos años “ha entrado en el léxico jurídico y político italiano una palabra relativamente nueva, *garantismo*, con la que se designa un modelo de [D]erecho orientado a *garantizar* derechos subjetivos”²¹¹. Aunque, como advierte el propio Ferrajoli, “la expresión <garantismo>, en su sentido estricto de <garantismo penal>, surgió en la cultura jurídica italiana de izquierda en la segunda mitad de los años setenta, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción de emergencia que, por aquel entonces, redujeron de diferentes formas el ya de por sí débil sistema de garantías procesales”²¹².

El garantismo es un “modelo normativo de [D]erecho”²¹³, siendo esta una primera acepción que viene a designar “un modelo de [D]erecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las Constituciones”²¹⁴. O, dicho de otra forma, según Ferrajoli, “se hablará de garantismo para designar el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes –públicos y privados, políticos (o de mayoría) y

²⁰⁷ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 66.

²⁰⁸ L. FERRAJOLI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 287-381, en especial p. 374 (L. FERRAJOLI, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, núm. XVI-3, 2000, pp. 41-113).

²⁰⁹ L. FERRAJOLI, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 277.

²¹⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 335 y 336.

²¹¹ L. FERRAJOLI, “Garantías y Derecho penal”, trad. de M. Gascón Abellán, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, cit., pp. 3-12, en especial p. 3.

²¹² L. FERRAJOLI, “Garantías” (1999), trad. de G. Pisarello y A. de Cabo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., p. 61.

²¹³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 851.

²¹⁴ L. FERRAJOLI, “Garantías y Derecho penal”, trad. de M. Gascón Abellán, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, cit., p. 11.

económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional- mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados”²¹⁵.

Como se vio, Ferrajoli sostiene una doble artificialidad en el Derecho del Estado constitucional, esto es, la distinción entre el ser y el deber ser, que se traduce en que la validez de las normas depende de criterios formales y de criterios materiales. Pues bien, según Ferrajoli: “[g]racias a esta doble artificialidad –de su <ser> y de su <deber ser>- la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de [D]erecho ha cambiado de naturaleza: no es sólo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar <modelo> o <sistema garantista>, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el [D]erecho ilegítimo”²¹⁶. O, en otros términos, según Ferrajoli: “[p]odemos llamar <modelo>, <sistema>, o <paradigma garantista>, en oposición al paleo-positivista del Estado liberal preconstitucional, a este [D]erecho sobre el [D]erecho, que no se limita a programar sólo las formas de producción del [D]erecho a través de normas procedimentales sobre la elaboración de las leyes, sino también sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a principios de justicia –la igualdad, la paz, la tutela de los derechos fundamentales- positivamente inscritos en las Constituciones”²¹⁷. Ferrajoli, como ya se dijo, propone este modelo frente al positivismo jurídico, como una mejor explicación del Derecho del Estado constitucional, así como de la democracia. Pero no se trata sólo de una mejor explicación, sino que incluso, para Ferrajoli, “el garantismo, como conjunto de principios axiológicos racionalmente compartidos, es la única respuesta posible a la crisis que estamos viviendo y el único punto de encuentro entre jueces y políticos, entre derecha

²¹⁵ L. FERRAJOLI, “Garantías” (1999), trad. de G. Pisarello y A. de Cabo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., p. 61.

²¹⁶ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 19 y 20.

²¹⁷ L. FERRAJOLI, “Hipótesis para una democracia cosmopolita” (1999), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., p. 99; e *Id.*, “La democracia constitucional” (1998), trad. de C. Courtis, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 25-41, en especial pp. 30 y 31 (L. FERRAJOLI, “La democracia constitucional”, publicado en *L'accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, ed. de P. Vulpiani, Armando Editore, Roma, 1998, pp. 53-66. Trad. castellana de Chr. Courtis, en *id.* (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001, pp. 255-271).

e izquierda, entre magistrados y abogados”²¹⁸. Quizás por palabras como estas, aunque se escribieran después, Bobbio ya había señalado que: “[e]l garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos”²¹⁹. En fin, en el marco de este modelo Ferrajoli sugiere una serie de alteraciones al positivismo jurídico en varios planos, tales como en el de la Teoría del Derecho, en Teoría Política, en la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, y en el de la metateoría del Derecho, motivadas por la ya referida doble artificialidad presente en el Derecho del Estado constitucional.

Efectivamente, Ferrajoli propone una alteración en el plano de la Teoría del Derecho, “donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones”²²⁰. En este contexto es posible hablar de una segunda acepción de “garantismo”, de la que dicho sea de paso se toma el título de este apartado, que viene a designar “una *teoría jurídica* de la <validez> y de la <efectividad> como categorías distintas no sólo entre sí, sino también respecto de la <existencia> o <vigencia> de las normas”²²¹. En Teoría Política, por otra parte, la alteración “comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial”²²². Además de las ya mencionadas acepciones de “garantismo” como modelo normativo y teoría jurídica, aquí es posible hablar de una tercera, pues aquel designa también, según Ferrajoli, “una *filosofía política* que impone al [D]erecho y al [E]stado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos”²²³. En el plano de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, por otro lado, se “incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley”²²⁴. Y finalmente, en el plano de la metateoría del Derecho, se sugiere una redefinición del papel de la Ciencia Jurídica pues, en palabras de

²¹⁸ L. FERRAJOLI, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Boichicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, *cit.*, p. 103.

²¹⁹ N. BOBBIO, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, pp. 13-19, en especial p. 15.

²²⁰ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, *cit.*, p. 20.

²²¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 852.

²²² L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, *cit.*, p. 20.

²²³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *cit.*, p. 853.

²²⁴ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, *cit.*, p. 20.

Ferrajoli, “resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto”²²⁵. Si esto es así, conviene ahora referirme a la primera de las alteraciones sugeridas, es decir, en el plano de la Teoría del Derecho.

Aunque debo advertir que se ha sostenido que más que de una alteración, se trata de “una [T]eoría del [D]erecho que propone un iuspositivismo crítico contrapuesto al iuspositivismo dogmático”²²⁶. A este respecto, sin embargo, Ferrajoli responde que no ha “hablado de cambio de paradigma de la [T]eoría del [D]erecho, sino de cambio de paradigma del [D]erecho, con referencia a la gran innovación en la estructura de los ordenamientos avanzados que ha supuesto, en este siglo [XX] la invención de la rigidez de las [C]onstituciones así como la de las garantías, mediante la previsión de procedimientos especiales para su revisión y de jurisdicciones constitucionales para conocer sus violaciones, y de su papel normativo con respecto al [D]erecho mismo. [Ferrajoli ha] interpretado este cambio como <perfeccionamiento> del paradigma iuspositivista y, junto a él, del Estado de [D]erecho”²²⁷. En fin, el cambio en el plano de la Teoría del Derecho que propone Ferrajoli, “puede ser expresado con la tesis de la *subordinación de la ley misma al [D]erecho* y de la consiguiente disociación entre vigencia (o existencia) y *validez* de las normas”²²⁸.

No debe perderse de vista que, para Ferrajoli, como se vio el positivismo jurídico que llama dogmático, identificado con las teorías de Kelsen, Hart y Bobbio, ignora o por lo menos valora poco esta disociación entre vigencia y validez. Efectivamente, en palabras de Ferrajoli: “[s]egún la concepción prevaleciente entre los máximos teóricos del [D]erecho –de Kelsen a Hart y Bobbio– la <validez> de las normas se identifica, sea cual fuere su contenido, con su existencia: o sea, con la pertenencia a un cierto ordenamiento, determinada por su conformidad con las normas que regulan su producción y que también pertenecen al mismo. Esta concepción puramente formal de la validez es, a [su] juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incompreensión

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ N. BOBBIO, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 16.

²²⁷ L. FERRAJOLI, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 139-196, en especial p. 180 (L. FERRAJOLI, “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”, *Teoria Politica*, núm. XV-1, 1999, pp. 49-92).

²²⁸ L. FERRAJOLI, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, cit., p. 90; *Id.*, “Jurisdicción y democracia”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, cit., p. 127; e *Id.*, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho” (1997), trad. de M. Beloff y C. Courtis, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 260.

de la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de [D]erecho”²²⁹. Esta complejidad a partir de la cual según se apuntó Ferrajoli sostiene la tesis de la disociación, no es otra cosa más que aquella distinción entre ser y deber ser en el Derecho y fuera de él, que se traduce como ya se dijo también en la necesidad de distinguir entre legitimación interna y legitimación externa.

De este modo, antes de avanzar sobre aquella tesis creo que conviene recordar aquí que, según Ferrajoli, “la separación entre legitimación interna y legitimación externa –es decir, entre el [D]erecho y la moral, o entre la validez y la justicia- constituye una conquista fundamental del pensamiento jurídico y político moderno [...] Sin embargo, esta tesis puede dar lugar, como de hecho ha sucedido, a un equívoco. En ocasiones ha sido confundida con la tesis, no menos importante pero diferente, de la separación entre el [D]erecho positivo como *hecho* y el [D]erecho natural o ideal como *valor*, o si se quiere entre *ser* y *deber ser* del [D]erecho [...] El equívoco que se esconde tras estas tesis reside en la identificación entre <[D]erecho válido> y <[D]erecho como es>, o si se quiere entre validez y positividad del [D]erecho. Y está ligado a una concepción simplificada de la validez, que aplicada a los modernos [E]stados de [D]erecho resulta en [...] opinión [de Ferrajoli] inadecuada. Según esta concepción –que comparte toda la tradición positivista, desde Hobbes y Bentham hasta Kelsen, Hart y Bobbio-, la *validez* de una norma se identificaría con su *existencia jurídica*, como producto de un acto normativo conforme a las normas acerca de su producción. Su identificación tendría lugar consiguientemente mediante reconocimientos empíricos atentos tan sólo a las formas del acto normativo de producción, y no también mediante valoraciones del significado o contenido normativo de las normas producidas”²³⁰. Esto quiere decir, según Ferrajoli, que una norma para ser válida debe cumplir con criterios formales y materiales de validez. Lo que se explica a partir de la distinción entre ser y deber ser en el Derecho, que como se vio es el punto de partida de Ferrajoli para sostener la tesis de la disociación entre vigencia y validez. Esta es el objeto de la comprensión de la Teoría del Derecho que propone Ferrajoli. Efectivamente, en sus palabras: “[I]a divergencia estructural entre validez y vigencia, o entre niveles normativos superiores y niveles normativos inferiores, o entre deber ser y ser *en el* [D]erecho, constituye el principal objeto de investigación de una teoría garantista y analítica del [D]erecho penal, del mismo modo que la divergencia entre justicia y

²²⁹ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 20.

²³⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 354 y 355.

validez, o entre punto de vista político externo y punto de vista jurídico interno, o entre deber ser y ser *del* [D]erecho, constituye el objeto privilegiado de una filosofía analítica de la justicia penal”²³¹. Como se acaba de decir, el objeto de la comprensión de la Teoría del Derecho que propone Ferrajoli o, lo que es lo mismo, la alteración que sugiere al positivismo jurídico en este plano es la tesis de la disociación entre vigencia y validez.

Ferrajoli usa la palabra “validez”, dice, “en sentido intencionalmente ambiguo o, mejor, ambivalente: en el sentido lógico de “coherencia” (o consistencia) de los discursos sobre el [D]erecho y en el sentido directamente jurídico de “correspondencia” (o fidelidad) de tales discursos a los discursos del [D]erecho”²³². La validez no debe ser confundida con la vigencia de las normas. Y esta es, como ya se dijo, la objeción que Ferrajoli formula al positivismo jurídico, pues en su opinión, este planteamiento es incapaz de explicar la complejidad del Derecho del Estado constitucional que se traduce en la distinción entre ser y deber ser en el Derecho. Esto como se vio quiere decir que, para Ferrajoli, cambian las condiciones de validez o, lo que es lo mismo, “la legalidad cambia de naturaleza”²³³, pues ahora la validez dependerá de criterios formales y materiales²³⁴. Ferrajoli insiste en aquella complejidad cuando afirma, por ejemplo, que “la legalidad positiva en el [E]stado constitucional de [D]erecho no es ya únicamente condicionante, sino que ella misma está condicionada por límites y vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustantivos. Se deriva de aquí un cambio en las condiciones de validez de las leyes, dependientes ahora no sólo del respeto de las normas procedimentales sobre su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con principios sustantivos establecidos en las [C]onstituciones”²³⁵.

Una de las innovaciones en el paradigma del Derecho del Estado constitucional, para Ferrajoli, es la introducción en la Constitución, entre otros, de derechos fundamentales. Estos funcionan como criterios materiales de validez. De este modo, se ha señalado que: “[e]l constitucionalismo de contenidos, constitucionalismo *de derechos*, resultante, produce un cambio de cualidad en las condiciones de validez de las leyes. Ésta

²³¹ Ídem., p. 367.

²³² L. FERRAJOLI, “La formación y el uso de los conceptos en la Ciencia Jurídica y en la aplicación de la ley”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 75-108, en especial pp. 79 y 80.

²³³ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes...*, cit., p. 33.

²³⁴ L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” (2001), trad. de P. Allegue, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 18.

²³⁵ L. FERRAJOLI, “La pragmática de la Teoría del Derecho”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 123.

ya no es asimilable, reductible, a la mera existencia de las mismas; no es la consecuencia, sin más, del seguimiento de los procesos formales de elaboración parlamentaria, sino sólo el fruto de la coherencia con aquellos imperativos de orden sustancial”²³⁶. Y que como se vio, responde a aquella distinción sobre la que se ha insistido entre el ser y el deber ser en el Derecho. Es, entre otras, por esta razón por la cual se caracteriza el planteamiento de Ferrajoli. Creo que aquí conviene reiterar que, para Ferrajoli: “[a] este sistema de legalidad, al que su doble artificialidad confiere un papel de garantía frente al [D]erecho ilegítimo, podemos denominarlo, en oposición al paleopositivista, “*modelo*” o “*sistema garantista*”. Gracias a él, el [D]erecho contemporáneo, no sólo programa sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y las restantes disposiciones; además, programa sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios, los valores y los derechos inscritos en sus [C]onstituciones, mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber y la responsabilidad de elaborar”²³⁷. Pero al papel de la Ciencia Jurídica me referiré más adelante, aquí en cambio debo seguir avanzando sobre la tesis de la disociación entre vigencia y validez. Antes, sin embargo, creo que conviene insistir en que Ferrajoli propone esta tesis a manera de una alteración en el plano de la Teoría del Derecho y, en concreto, como reacción frente al positivismo jurídico que, recuerda Ferrajoli, formuló por primera vez en un seminario de 1970²³⁸. Esta objeción sostiene que el positivismo dogmático ignora o, por lo menos, valora poco la distinción entre vigencia y validez. Pues bien, la tesis de la disociación entre vigencia y validez, según Ferrajoli, viene a decir precisamente que es necesario distinguir entre dos dimensiones de la regularidad o legitimidad de las normas. Ferrajoli dice que llamará “<vigencia> a la validez sólo *formal* de las normas tal cual resulta de la regularidad del *acto normativo*; y [limitará] el uso de la palabra <validez> a la validez también *sustancial* de las normas producidas, es decir, de sus significados o contenidos normativos”²³⁹.

Lo que se quiere decir es que una norma estará vigente si cumple los criterios formales de validez, esto es, si es creada por el órgano competente y conforme al

²³⁶ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 10 y 11.

²³⁷ L. FERRAJOLI, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho” (1997), trad. de M. Beloff y C. Courtis, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 259.

²³⁸ L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Cuestiones biográficas: Trabajo intelectual y compromiso civil”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo...*, cit., p. 19.

²³⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 359.

procedimiento adecuado. En cambio, una norma será válida si es coherente con los criterios materiales de validez, es decir, si su significado corresponde a los valores, principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución. Efectivamente, en palabras de Ferrajoli, es necesario disociar dos dimensiones: “la que se puede llamar <vigencia> o <existencia>, que hace referencia a la *forma* de los actos normativos y que depende de la conformidad o correspondencia con las *normas formales* sobre su formación, y la <validez> propiamente dicha o, si se trata de leyes, la <constitucionalidad>, que, por el contrario, tiene que ver con su *significado* o contenido y que depende de la coherencia con las *normas sustanciales* sobre su producción”²⁴⁰. Si asociamos estas ideas con la ya referida complejidad del Derecho del Estado constitucional, esto es, la distinción entre ser y deber ser en el Derecho, es posible afirmar, dice Ferrajoli, que: “[e]n estos ordenamientos la validez no depende sólo de los aspectos formales de la producción normativa que permiten afirmar el <ser> o la existencia de las normas; depende igualmente del significado de los enunciados normativos producidos, y más exactamente de la valoración de la conformidad de su contenido con el <deber ser> jurídico establecido por normas superiores”²⁴¹. Así, conviene repetirlo, para Ferrajoli la validez de las normas depende de criterios formales y materiales. Debo advertir, sin embargo, que para Ferrajoli los criterios materiales priman sobre los criterios formales. Digo esto porque Ferrajoli explicando la diferencia entre formalismo jurídico y constitucionalismo dice, por ejemplo, que este último planteamiento “al sujetar la validez de las leyes a la *sustancia* y, por ello, a los contenidos, más allá de la forma de las decisiones, y fundando dicha validez en principios constitucionales como criterios de justicia y no sólo en las reglas de procedimiento como criterios de existencia y de validez formal de las normas [...] ha reintroducido en el [D]erecho una racionalidad *sustancial*”²⁴². No debe perderse de vista que, aunque como se acaba de decir, los criterios materiales priman sobre los criterios formales, de unos y otros depende igualmente la validez de las normas. Dicho esto conviene advertir, por otro lado, que por criterios formales, como ya se avanzó, Ferrajoli entiende aquellos que establecen el órgano competente y el procedimiento adecuado para la producción normativa. Los criterios materiales, en cambio, como ya se señaló también, son los valores, principios y derechos

²⁴⁰ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 21.

²⁴¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 355.

²⁴² L. FERRAJOLI, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 265 y 266.

fundamentales previstos en la Constitución. De este modo, son normas sustanciales, por ejemplo, dice Ferrajoli, “el principio de igualdad y los derechos fundamentales”²⁴³. En el caso de estos derechos, advierte Ferrajoli: “[t]odos los derechos fundamentales –no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *fin*es a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de [D]erecho”²⁴⁴.

Pero como ya se dijo, para Ferrajoli, una de las innovaciones del Derecho del Estado constitucional es la incorporación no sólo de derechos fundamentales en la Constitución. Por ello, Ferrajoli explica que: “[d]e hecho ha sucedido con la formación de los modernos [E]stados constitucionales, que el [D]erecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia elaborados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado: el principio de igualdad, el valor de la persona humana, los derechos civiles y políticos, y además casi todas las garantías penales y procesales de libertad y de certeza [...] Todos estos principios, afirmados por las doctrinas iusnaturalistas de los siglos XVII y XVIII en forma de derechos o derechos *naturales*, han sido consagrados en las modernas [C]onstituciones en forma de principios normativos *fundamentales* que contienen limitaciones o imperativos negativos –o también positivos, como los expresados por los llamados <derechos sociales> o <materiales> (al trabajo, a la salud, a la subsistencia, a la educación, etc.) añadidos en las [C]onstituciones de este siglo [XX]- cuyos destinatarios son los legisladores y el resto de los poderes públicos”²⁴⁵.

La distinción entre criterios formales y materiales o, entre vigencia y validez, por otro lado, no sólo obedece a la introducción de estos contenidos materiales como característica, según Ferrajoli, del Derecho del Estado constitucional, sino también a que las proposiciones que se formulen hablando sobre la validez, a diferencia de la efectividad, de una norma serán diferentes. Ferrajoli explica que “los juicios de validez e invalidez de una norma son *proposiciones jurídicas operativas*, verificables o refutables

²⁴³ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 20 y 21.

²⁴⁴ *Idem.*, p. 22.

²⁴⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 355 y 356.

con arreglo a otra norma y más precisamente de la norma de nivel superior que disciplina su producción; mientras que los juicios de efectividad e ineffectividad de una norma son *proposiciones factuales*, verificables o refutables con arreglo a los hechos, y más precisamente a aquellos hechos (o actos) de nivel inferior que constituyen su cumplimiento o incumplimiento”²⁴⁶.

En el plano de la Teoría Política, Ferrajoli propone la tesis de la democracia sustancial. Para Ferrajoli: “[s]egún la concepción predominante, la democracia sería un método de formación de las decisiones públicas”²⁴⁷ o, lo que es lo mismo, reseña Ferrajoli: “[e]n el sentido común la democracia se concibe habitualmente, según el significado etimológico de la palabra, como el poder del pueblo de asumir las decisiones públicas, directamente o a través de representantes”²⁴⁸. Conforme a esta concepción, continúa Ferrajoli, “la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos es únicamente la *autonomía* [...] O el hecho, en otras palabras, de que las decisiones son tomadas, directa o indirectamente, por sus destinatarios, o de manera más exacta, por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la “voluntad” y de la “soberanía popular”. Esta noción de democracia podría llamarse *formal o procedimental*, puesto que la identifica con las *formas y procedimientos* adecuados, precisamente, para garantizar que las decisiones alcanzadas sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular”²⁴⁹. Esta concepción de la democracia, según Ferrajoli, es insuficiente frente a la complejidad del Derecho del Estado constitucional. Pues este, como ya se dijo, se caracteriza por la introducción en la Constitución, entre otros, de derechos fundamentales. Así, en opinión de Ferrajoli, “esta noción formal de democracia expresa un rasgo ciertamente necesario –una *conditio sine qua non*- en ausencia de la cual no cabe hablar de democracia, pero no una condición suficiente para identificar todos los elementos cuya presencia permite calificar a un sistema político de <democrático> y, especialmente, de <democracia constitucional> [...] [Pues es necesaria] la integración de los rasgos formales de la

²⁴⁶ L. FERRAJOLI, “La semántica de la Teoría del Derecho”, trad. de J.J. Moreso Mateos, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 17-74, en especial p. 66.

²⁴⁷ L. FERRAJOLI, “Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al.*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., p. 71.

²⁴⁸ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes...*, cit., p. 27.

²⁴⁹ L. FERRAJOLI, “Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al.*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 73 y 74.

democracia con límites y vínculos *sustanciales* o de *contenido*”²⁵⁰. Entre estos límites y vínculos como ya señalé se encuentran los derechos fundamentales.

No es necesario, sin embargo, entrar aquí a la distinción entre las clases de estos derechos, pero sí advertir que, en opinión de Ferrajoli, hablando de la democracia: “[l]as dos clases de derechos corresponden a dos diversas fuentes de legitimación del sistema político y a dos diversas dimensiones, una formal y otra sustancial, de la democracia: los derechos-poder o de autonomía, tanto civiles como políticos, son derechos formales o *instrumentales*, en cuanto permiten fundar y legitimar las *formas* (el *quién* y el *cómo*) de las decisiones, respectivamente en la esfera privada del mercado y en la pública de la democracia política (o <formal>); los derechos-expectativa, tanto de libertad como sociales, son en cambio *derechos sustanciales* o *finales*, ya que permiten vincular y legitimar el contenido o la *sustancia* (el *qué*) de las decisiones, y por tanto fundan una dimensión de la democracia que bien podemos llamar <sustancial>”²⁵¹. Así, en palabras de Ferrajoli: “[s]e comprende –y con ello [entra] en la segunda innovación introducida por el modelo garantista en el modelo paleopositivista- que una tal dimensión sustancial del Estado de [D]erecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia [...] [De esta manera] la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial no sólo en el [D]erecho sino también en la democracia”²⁵².

Ferrajoli sostiene la tesis de la “democracia sustancial o social”²⁵³ o bien, “democracia constitucional o de [D]erecho”²⁵⁴. Si, como se vio, la primera tesis de Ferrajoli afirma la disociación entre vigencia y validez, en sus palabras: “[l]a segunda tesis es que los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que [se llamará] dimensión <sustancial> de la democracia, previa a la dimensión política o <formal> de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría”²⁵⁵. Esta tesis viene

²⁵⁰ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes...*, cit., p. 28.

²⁵¹ L. FERRAJOLI, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona” (1993), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 97-123, en especial p. 104 (L. FERRAJOLI, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, publicado en el volumen a cargo de Danilo Zolo *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-282. Una versión anterior, con el título <Ciudadanía y derechos fundamentales>, había sido publicada en *Teoria Politica* 9/3 (1993), pp. 63-76).

²⁵² L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 23.

²⁵³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 864.

²⁵⁴ L. FERRAJOLI, “Garantías y Derecho penal”, trad. de M. Gascón Abellán, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, cit., p. 8.

²⁵⁵ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 42.

a decir, en fin, que las decisiones de la mayoría se encuentran disciplinadas no sólo por la forma de su adopción sino también por su contenido. Esto es así, pues los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución funcionan como vínculos y límites al contenido de las decisiones de la mayoría. De hecho, en opinión de Ferrajoli: “[l]a esencia del constitucionalismo y del garantismo, es decir, de aquello que [ha] llamado <democracia constitucional>, reside precisamente en el conjunto de límites impuestos por las [C]onstituciones a todo poder, que postula en consecuencia una concepción de la democracia como sistema frágil y complejo de separación y equilibrio entre poderes, de límites de forma y de sustancia a su ejercicio, de garantías de los derechos fundamentales, de técnicas de control y de reparación contra sus violaciones”²⁵⁶. Es posible señalar, por tanto, que de la imposición de aquellos límites a todo poder o, lo que es lo mismo, de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, dice Ferrajoli, “se sigue un cambio en la naturaleza misma de la *democracia*: ésta ya no consiste simplemente en su dimensión política, proveniente de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa que condiciona la vigencia de las leyes, sino que también consiste en la *dimensión sustancial* que le viene impuesta por los principios constitucionales, que vinculan el contenido de las leyes, condicionando su validez sustancial a la garantía de los derechos fundamentales de todos”²⁵⁷. Hablar de una democracia sustancial implica reconocer, según Ferrajoli, que en el Derecho del Estado constitucional el poder legislativo encuentra en aquellos principios y derechos un límite al contenido de sus decisiones. Efectivamente, para Ferrajoli, “la novedad que el constitucionalismo introduce en la estructura de las democracias es que también el supremo poder legislativo se encuentra jurídicamente regulado y limitado, no sólo en lo que respecta a las formas, que garantizan la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también a la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de normas constitucionales específicas, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales”²⁵⁸. Esta sujeción del contenido de las decisiones del poder legislativo a los principios y derechos

²⁵⁶ L. FERRAJOLI, “La democracia constitucional” (1998), trad. de C. Courtis, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., p. 27.

²⁵⁷ L. FERRAJOLI, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, cit., p. 92; *Id.*, “Jurisdicción y democracia”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, cit., p. 128; e *Id.*, “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho” (1997), trad. de M. Beloff y C. Courtis, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 261.

²⁵⁸ L. FERRAJOLI, “Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al.*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., p. 77.

fundamentales en que se traduce la democracia sustancial o, dicho de otra forma, la sujeción de la ley a los principios constitucionales debe ser entendida a partir del reconocimiento de una conexión entre las tesis de la disociación entre vigencia y validez y de la democracia sustancial²⁵⁹.

Esto es así, según Ferrajoli, porque: “[l]a revisión de la teoría puramente formal de la validez del paradigma constitucional que se construye sobre la disociación entre el *vigor formal* y la *validez sustancial* de las decisiones, implica, paralelamente, una revisión de la concepción puramente formal de la democracia. La positivación de los principios y derechos fundamentales en normas constitucionales, condicionando la legitimidad del sistema político a su plena tutela y observancia, ha incorporado también en la democracia una *dimensión sustancial*, que se añade a la *dimensión formal o política* tradicional”²⁶⁰. La conexión entre estas tesis se entiende mejor si no perdemos de vista que, según Ferrajoli, “las dos clases de normas sobre la producción jurídica que se han distinguido – las *formales* que condicionan la *vigencia*, y las *sustanciales* que condicionan la *validez*– garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la <democracia política>, que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse <democracia sustancial>, puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas, so pena de invalidez, al respeto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla”²⁶¹. Se ha señalado que, para Ferrajoli, esa dimensión sustancial “retroactúa sobre la propia democracia como tal, que, ahora, no se agota en el respeto de las reglas procedimentales de formación de la voluntad popular propias del sistema representativo, puesto que la aludida nueva dimensión tiene que materializarse en el contenido de los actos del legislativo. La

²⁵⁹ L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” (2001), trad. de P. Allegue, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 19; e *Id.*, *Poderes salvajes...*, cit., p. 35.

²⁶⁰ L. FERRAJOLI, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 271 y 272.

²⁶¹ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 23.

legitimidad del sistema político aparece, así, condicionada a la tutela y efectividad de los principios y derechos fundamentales”²⁶².

Ya se dijo que según Ferrajoli los criterios materiales priman sobre los formales. Lo mismo podría decirse aquí respecto de la democracia sustancial sobre la formal. Esto es así, pues Ferrajoli sostiene, por ejemplo, que: “[p]ara que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Y ello a través de límites y vínculos que establezcan lo que en varias ocasiones [ha] denominado la “esfera de lo no decidible (qué y qué no)” [...] [que está] sustraída a la potestad de cualquier mayoría. Pero está claro que estos límites y vínculos, impuestos a los poderes de la mayoría a través de la estipulación constitucional de los derechos fundamentales y de sus garantías, son normas no ya formales, sino sustanciales”²⁶³. O, dicho de otra forma, según Ferrajoli, “el rasgo formal y procedimental de la decisión por mayoría no es suficiente ni en el plano empírico, o sea, con referencia a las actuales democracias constitucionales, ni en el plano teórico, es decir, con referencia a la misma democracia política, para definir la democracia. Para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la minoría”²⁶⁴. Entendida de esta forma, es decir, como la conjunción de las dimensiones formal y sustancial, la democracia, dice Ferrajoli, no debe perderse de vista que, en última instancia, no es más que “el régimen político que permite el desarrollo pacífico de los conflictos y, por su cauce, las transformaciones sociales e institucionales”²⁶⁵ o, lo que es lo mismo, “la democracia pudiera ser definida como una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos”²⁶⁶. Pero debe advertirse, por otro lado, que no sólo la democracia sustancial prima sobre la formal, sino que incluso la

²⁶² P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., p. 11.

²⁶³ L. FERRAJOLI, “Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., p. 85.

²⁶⁴ L. FERRAJOLI, “Sobre la definición de <democracia>. Una discusión con Michelangelo Bovero” (2001), trad. de N. Guzmán, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 77-89, en especial p. 79 (L. FERRAJOLI, “Sobre la definición de <democracia>. Una discusión con Michelangelo Bovero”. Trad. castellana de N. Guzmán, en M. Bovero y L. Ferrajoli, *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*, Instituto Federal Electoral, México, 2001, pp. 11-31, y en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (México) 19 (2003), pp. 227-240).

²⁶⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 946 y 947.

²⁶⁶ L. FERRAJOLI, “La legalidad violenta” (1989), trad. de B. Rivaya García, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 175-191, en especial p. 175 (L. FERRAJOLI, “La legalidad violenta”, publicado en *Democrazia e diritto* 3 (1989), pp. 153-169. Trad. castellana de B. Rivaya García en *Cuadernos de política criminal* 41 (1990), pp. 305-319).

política, para Ferrajoli, está disciplinada ahora por el Derecho. Efectivamente, hablando de la política, Ferrajoli dice que: “[s]u relación con el [D]erecho se invierte: también la política y la legislación que produce se subordinan al [D]erecho. De manera que ya no es el [D]erecho el que puede concebirse como instrumento de la política, sino que es la política la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del [D]erecho y de los principios y derechos fundamentales inscritos en ese proyecto, tanto jurídico como político, que es la [C]onstitución”²⁶⁷. Estos principios y derechos fundamentales, como ya se dijo, conforman lo que Ferrajoli llama la “esfera de lo indecible”²⁶⁸. De este modo, explica que: “[l]os derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones”²⁶⁹.

Ferrajoli ha llegado a sostener que no sólo es necesario hablar de una democracia sustancial, al lado de la formal, a propósito de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, sino que es preciso reconocer la crisis por la que hoy en día transita el Derecho del Estado constitucional²⁷⁰, así como estas dimensiones de la democracia. De hecho, esta última idea es la tesis sostenida por Ferrajoli en *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*²⁷¹. En esa obra, Ferrajoli afirma que “existe un nexo biunívoco entre forma representativa y dimensión constitucional de la democracia y, por lo mismo, entre la crisis de una y otra, hasta el punto de que hoy cabe hablar de una crisis de la democracia *tout court*. De la democracia constitucional, debido a la involución populista de la representación y de la falta de límites reivindicada por ésta; pero también

²⁶⁷ L. FERRAJOLI, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, cit., p. 92.

²⁶⁸ L. FERRAJOLI, “La esfera de lo indecible y la división de poderes” (2007), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 102-109, en especial p. 102 (L. FERRAJOLI, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, ponencia presentada en el Fórum Universal de las Culturas, celebrado en la ciudad de Monterrey, México, el 31 de octubre de 2007. Inédito. Trad. castellana de M. Carbonell).

²⁶⁹ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías*..., cit., p. 24.

²⁷⁰ L. FERRAJOLI, “Derecho y dolor” (2006), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 123-131, en especial pp. 129 y 130 (L. FERRAJOLI, “Derecho y dolor”, publicado en L. Rivera, H.C. Silveira, E. Bodelón y A. Recasens (eds.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 54-59. Trad. castellana de M. Carbonell, publicada en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (México) 27 (2007), pp. 195-204).

²⁷¹ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes*..., cit.

de la democracia política, por efecto de los conflictos de intereses en el vértice del Estado y del debilitamiento de las reglas de la democracia constitucional”²⁷².

Creo, sin embargo, que no es necesario desarrollar aquí la tesis de la crisis de la democracia. En cambio, conviene mostrar las alteraciones al positivismo jurídico que Ferrajoli propone en los planos de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, así como en el de la metateoría del Derecho. No estoy hablando de otra cosa más que de los papeles que Ferrajoli asigna al juez y a la Ciencia Jurídica. Las tesis de la disociación entre vigencia y validez y de la democracia sustancial ya mostradas se traducen, además, dice Ferrajoli, “en un reforzamiento del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática del poder judicial y de su independencia”²⁷³. Se ha señalado, incluso, que gracias a este reforzamiento: “[e]l nuevo papel de los jueces ha permitido avanzar hacia una <juridificación> del sistema democrático, sometiendo la política a la lógica de la legalidad”²⁷⁴. Se trata de la tesis del papel crítico del juez. Esta viene a decir que el juez con motivo de su “sujeción a la ley y, ante todo, a la Constitución”²⁷⁵ tiene “una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad por parte de los poderes públicos”²⁷⁶. Esta función implica que el juez sólo debe aplicar leyes válidas, esto es, aquellas que como resultado de una interpretación crítica que lleva a cabo correspondan a los criterios formales y materiales de validez. Es decir, señala Ferrajoli, “la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez junto con la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por las mismas”²⁷⁷. Dicho de otra forma, la modificación de la que estamos hablando implica, según Ferrajoli, que “se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es

²⁷² Ídem., p. 23.

²⁷³ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 25 y 26.

²⁷⁴ M. CARBONELL, “Prólogo”, “Luigi Ferrajoli. Teórico del Derecho y de la democracia”, a L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 13-22, en especial p. 17.

²⁷⁵ L. FERRAJOLI, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, cit., p. 93.

²⁷⁶ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 26.

²⁷⁷ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 26; e *Id.*, “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, cit., p. 94.

constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional”²⁷⁸.

Esto es así porque, para Ferrajoli, en el Derecho del Estado constitucional, “la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución”²⁷⁹ o, lo que es lo mismo, en este nuevo paradigma, según Ferrajoli: “[l]a jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional”²⁸⁰. Por ejemplo, hablando del delito de desacato y su posible conflicto con la libertad de manifestación del pensamiento que diera lugar a una antinomia, Ferrajoli dice que: “[c]uando [se] advierta tal antinomia (y tal opinión, como se verá, es siempre subjetiva), el juez tiene la obligación, en un ordenamiento con Constitución rígida como es el italiano, no ya de obedecer la ley, sino, al contrario, de censurarla oponiendo su inconstitucionalidad; y, por tanto, es incluso dudoso que en tal caso exista una norma válida sobre el desacato a la que el juez deba considerarse sometido y que valga como referencia semántica de la verdad jurídica”²⁸¹.

Ya se dijo que la función de garantía que tiene el juez se traduce en la obligación de aplicar sólo leyes válidas, resultantes de una interpretación crítica sobre su constitucionalidad. Esta función implica además que el juez está llamado a resolver las lagunas y antinomias que se presenten en el sistema jurídico. Se trata, por otro lado, de tareas que el juez comparte con la Ciencia Jurídica. Esta es, dicho sea de paso, la alteración que Ferrajoli propone al positivismo jurídico en el plano de la metateoría del Derecho. Efectivamente, en palabras de Ferrajoli, jueces y juristas comparten “una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la

²⁷⁸ L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” (2001), trad. de P. Allegue, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 18.

²⁷⁹ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 26; e *Id.*, “Jurisdicción y democracia”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, cit., p. 128.

²⁸⁰ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 68.

²⁸¹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., pp. 170 y 171.

proyección de las garantías que falten”²⁸², así como la identificación del Derecho inválido. Este es un papel crítico, de hecho, “la principal tarea cívica”²⁸³, que según Ferrajoli se asigna tanto al juez como a la Ciencia Jurídica en el Derecho del Estado constitucional. Así, para Ferrajoli, “jueces y juristas están institucionalmente avocados a ser, por así decirlo, *reformadores de profesión*, en el sentido de que se les confía no ya la conservación del [D]erecho vigente como tal, sino el análisis y la crítica de los perfiles de inconstitucionalidad, a fin de promover la progresiva adecuación de su ser efectivo a su deber ser normativo”²⁸⁴. Esto es así, según se ha explicado, porque en el nuevo paradigma del Derecho del Estado constitucional, jueces y juristas “han visto cambiar su papel de racionalización acrítica de la legalidad unidimensional del Estado legislativo de [D]erecho, válido en cuanto vigente, por el de crítica de la legalidad ordinaria, para verificar su validez en términos de racionalidad material-constitucional”²⁸⁵.

Este papel crítico asignado a los juristas con motivo de la complejidad del Derecho del Estado constitucional, como ya señalé, es la alteración que Ferrajoli propone al positivismo jurídico en el plano de la metateoría del Derecho. Se trata de un cambio, dice Ferrajoli, en “el estatuto epistemológico de la [C]iencia [J]urídica”²⁸⁶. Incluso, se ha sostenido que puede considerarse como “una especie de meta-garantía”²⁸⁷. Ferrajoli reseña que, al igual que la tesis de la disociación entre vigencia y validez, esta idea del papel crítico de la Ciencia Jurídica la defendió por primera vez en un seminario de 1970²⁸⁸. Esta alteración, como las hasta aquí mostradas, se propone a manera de reacción frente al positivismo jurídico que, como se ha insistido, obedece a la complejidad del Derecho del Estado constitucional, y viene a decir que aquel planteamiento es incapaz de explicarla. Así, es posible establecer una conexión entre la alteración en cuestión y las tesis de la disociación entre vigencia y validez, y de la democracia sustancial²⁸⁹. Esto es así en relación con la primera tesis pues, por ejemplo, según Ferrajoli de la complejidad del Derecho del Estado constitucional no sólo se sigue que una norma es válida si cumple

²⁸² L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” (2001), trad. de P. Allegue, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 18 y 19.

²⁸³ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 878.

²⁸⁴ Ídem., p. 696.

²⁸⁵ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., p. 11.

²⁸⁶ L. FERRAJOLI, “Pasado y futuro del Estado de Derecho” (2001), trad. de P. Allegue, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 18.

²⁸⁷ M. CARBONELL, “Prólogo”, “Luigi Ferrajoli. Teórico del Derecho y de la democracia”, a L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., p. 21.

²⁸⁸ L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Cuestiones biográficas: Trabajo intelectual y compromiso civil”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo...*, cit., p. 19.

²⁸⁹ L. FERRAJOLI, *Poderes salvajes...*, cit., p. 43.

los criterios formales y materiales, sino que: “[s]e desprende también un cambio de paradigma en la [C]iencia [J]urídica, que se expresa en una nueva función crítica y de proyecto, que las nuevas y, cada vez más complejas, condiciones de validez de las normas imponen a dicha ciencia”²⁹⁰. La alteración en el plano de la metateoría del Derecho no es otra cosa más que la tesis del papel crítico de la Ciencia Jurídica. Esta viene a decir, por otro lado, que su papel no es meramente descriptivo sino también normativo respecto de su objeto²⁹¹. Para Ferrajoli, según el positivismo jurídico, el papel del jurista se limita a describir el Derecho. Su propuesta, en cambio, como se acaba de decir, es que esta tarea no se limita a la descripción, sino que se traduce también en un papel normativo. Aunque, según el propio Ferrajoli, quizás esto siempre ha sido así. En efecto, en sus palabras, “[C]iencia [J]urídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción”²⁹², porque, en opinión de Ferrajoli: “[I]os juristas [...] han desarrollado siempre un papel crítico y normativo frente al [D]erecho positivo objeto de su análisis; lo único que sucede es que lo han hecho, a menudo, sin explicitarlo, a causa de la ideología de la neutralidad que [...] ha gravitado siempre sobre la cultura jurídica iuspositivista”²⁹³.

Lo que se quiere decir, como ya se apuntó, es que Ferrajoli asigna a la Ciencia Jurídica un papel que se traduce en la identificación del Derecho inválido, así como en la resolución de las lagunas y antinomias que se presenten en el sistema jurídico. La complejidad del Derecho del Estado constitucional, señala Ferrajoli, “incide retrospectivamente sobre la Ciencia [J]urídica, confiriéndole una ulterior y más específica dimensión pragmática que viene a añadirse a la ya señalada anteriormente: la función de identificar y criticar en el plano dogmático el [D]erecho ilegítimo y de promover la corrección del mismo a través de la activación o proyección de adecuadas técnicas de garantía elaboradas a nivel teórico”²⁹⁴. O, dicho de otra forma, el constitucionalismo, dice Ferrajoli, “confía en la [C]iencia [J]urídica una función crítica ante el [D]erecho vigente inválido y un papel de proyección del [D]erecho válido y de sus garantías”²⁹⁵, así como la resolución, como ya se dijo, de las lagunas y antinomias que se presenten en el sistema

²⁹⁰ L. FERRAJOLI, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 270.

²⁹¹ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales y crítica del Derecho”, trad. de J.M. Lujambio, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 283-299, en especial p. 299.

²⁹² L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 68.

²⁹³ L. FERRAJOLI, “La pragmática de la Teoría del Derecho”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 138.

²⁹⁴ *Idem.*, p. 124.

²⁹⁵ L. FERRAJOLI, “La cultura jurídica en la Italia del siglo XX” (1996), trad. de P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 228.

jurídico. Esto último obedece, según Ferrajoli, a que la complejidad del Derecho del Estado constitucional al contar con una Constitución rígida, que nos permite hablar de una estructura en niveles normativos²⁹⁶, inevitablemente presentará lagunas y antinomias²⁹⁷. Así, continúa Ferrajoli: “[e]l paradigma constitucional, caracterizado por la existencia de varios niveles normativos, y por tanto, por la virtual presencia de antinomias y lagunas, postula en definitiva una [C]iencia [J]urídica no puramente cognitiva sino también normativa”²⁹⁸.

Este papel crítico que Ferrajoli asigna al juez, así como a la Ciencia Jurídica, no sólo se desarrolla en un plano interno, sino también externo²⁹⁹. Por ello, se ha sostenido que “el jurista ferrajoliano se ve compelido a una doble tarea: mantener viva la crítica política, externa al [D]erecho, frente al positivismo ideológico, incluido el de cariz constitucionalista; y mantener viva la crítica jurídica, interna, dentro del propio [D]erecho, frente a todos los tipos de positivismo legalista que ignoran o reducen el valor normativo de la [C]onstitución”³⁰⁰. Es decir, la identificación del Derecho inválido y la resolución de lagunas y antinomias no sólo se llevan a cabo en sede de legitimación interna, sino también en sede de legitimación externa. Dicho de otra forma, los papeles críticos de jueces y juristas, dice Ferrajoli, “se traducen en la tarea, a la vez científica y política, de detectar las antinomias y las lagunas existentes y de proponer, *desde dentro*, las soluciones previstas por las técnicas garantistas del propio ordenamiento o, bien, en la tarea de elaborar o sugerir, *desde afuera*, nuevas formas de garantía idóneas para reforzar los mecanismos de autocorrección”³⁰¹. Según Ferrajoli: “[e]sta tendencial e irreductible ilegitimidad del poder es el tema privilegiado de investigación de una [T]eoría del [D]erecho de orientación garantista, que, por consiguiente, se configura sobre todo como *crítica del [D]erecho* positivo vigente no meramente externa, política o *de iure*

²⁹⁶ L. FERRAJOLI, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 196.

²⁹⁷ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 28.

²⁹⁸ L. FERRAJOLI, “La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 25-69, en especial p. 62.

²⁹⁹ P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., p. 13.

³⁰⁰ G. PISARELLO y R.G. MANRIQUE, “Ferrajoli y las tareas del garantismo: Claves de una pasión razonada”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 9-24, en especial p. 23.

³⁰¹ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 28 y 29; e *Id.*, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 270.

condendo, sino interna, jurídica o *de iure condito*, puesto que va dirigida a sus aspectos de ineffectividad y de invalidez. Este planteamiento, que bien podemos llamar <positivismo crítico>, se refleja en el modo de concebir el trabajo del juez y del jurista, y pone en cuestión dos dogmas del positivismo dogmático: la fidelidad del juez a la ley y la función meramente descriptiva y avalorativa del jurista en relación con el [D]erecho positivo vigente”³⁰². Este papel crítico asignado a jueces y juristas es lo que da nombre a la variedad de positivismo jurídico que propone Ferrajoli. Esta es el positivismo crítico, que se sugiere a manera de reacción frente al positivismo jurídico, que Ferrajoli llama dogmático por ignorar o valorar poco la disociación entre vigencia y validez y, por lo mismo, las lagunas y antinomias que se siguen de la complejidad del Derecho del Estado constitucional³⁰³. Pues como se ha insistido, para Ferrajoli, por ejemplo: “[l]a positivación constitucional del deber ser del [D]erecho confiere a la [C]iencia [J]urídica una dimensión pragmática desconocida en el viejo positivismo jurídico. Ésta se expresa, partiendo del propio [D]erecho positivo, en la crítica del “[D]erecho que jurídicamente es” y en la proyección del “[D]erecho que jurídicamente debe ser””³⁰⁴. Pero como ya se dijo, esta tarea no sólo se lleva a cabo en sede de legitimación interna sino también en sede de legitimación externa. Y, en concreto, hablando de los derechos fundamentales se ha sostenido que “una aproximación crítica al <deber ser> expresado en el lenguaje y en la racionalidad de los derechos entraña al menos dos tareas para la teoría jurídica. Por un lado, identificar en el ámbito del <ser> político y social violaciones e incumplimientos de premisas normativas reconocidas como tales por el propio poder, con toda la carga de deslegitimación que ello supone. Y por otro, plantear alternativas superadoras, garantistas, previstas en parte por el ordenamiento jurídico mismo”³⁰⁵.

El objeto de este apartado no fue mostrar la obra de Ferrajoli³⁰⁶. Se trató, en cambio, de exponer algunos aspectos de su variedad de positivismo jurídico que, como

³⁰² L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 872.

³⁰³ L. FERRAJOLI, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 270 y 271.

³⁰⁴ L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 192 y 193.

³⁰⁵ G. PISARELLO, “Introducción: El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, a L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 11-24, en especial p. 12.

³⁰⁶ L. FERRAJOLI, “Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de Derecho privado” (2001), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 293-302 (Este texto se publicó además como L. FERRAJOLI, “Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de Derecho privado”. Trad. castellana de M. Carbonell, en M. Carbonell, H.A. Concha Cantú, L. Córdova y D. Valadés (eds.), *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado*,

UNAM, México, 2001, pp. 99-110); *Id.*, “Crisis de la legalidad y Derecho penal mínimo” (2002), trad. de R. Brito Melgarejo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 251-263 (L. FERRAJOLI, “Crisis de la legalidad y Derecho penal mínimo”, publicado en U. Curi y G. Palombarini (eds.), Donzelli, Roma, 2002, pp. 9-21. Trad. castellana de R. Brito Melgarejo, en M. Carbonell (ed.), *Garantismo penal*, UNAM, México, 2006, pp. 55-68); *Id.*, “De la Carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea” (2002), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 350-362 (L. FERRAJOLI, “De la Carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea”, publicado en *Annali 2001 della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Carocci, Roma, 2002, pp. 81-92. Trad. castellana de M. Carbonell, en P. Häberle, J. Habermas, L. Ferrajoli y E. Vitale, *La constitucionalización de Europa*, UNAM, México, 2004, pp. 75-90); *Id.*, “Democracia, Estado de Derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, cit., pp. 109-133; *Id.*, “Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global” (2006), trad. de N. Guzmán, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 303-326 (L. FERRAJOLI, “Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global”, publicado en VV.AA., *Le forme del dissenso tra riformismo e globalizzazione*, Istituto Italiano per gli studi Filosofici, Napoli, 2006, pp. 167-188. Trad. castellana de N. Guzmán); *Id.*, “El derecho a la paz como norma constitutiva del Derecho internacional”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 363-370; *Id.*, “El <Derecho penal del enemigo> y la disolución del Derecho penal” (2006), trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 234-250 (L. FERRAJOLI, “El <Derecho penal del enemigo> y la disolución del Derecho penal”, publicado en *Questione Giustizia* 5 (2006), pp. 798-812. Trad. castellana de P. Andrés Ibáñez en *Jueces para la democracia. Información y Debate* 57 (2006), pp. 3-10); *Id.*, “El Estatuto de los Trabajadores: Un cambio de paradigma en sentido publicista de la relación de trabajo” (2001), trad. de R. Brito Melgarejo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 285-292 (L. FERRAJOLI, “El Estatuto de los Trabajadores: Un cambio de paradigma en sentido publicista de la relación de trabajo”, publicado en *Economia e lavoro* 2 (2001), pp. 27-32. Trad. castellana de R. Brito Melgarejo, en *Cauces. Expresión de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAM* (2005-2006), México, pp. 92-96); *Id.*, “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada” (1995), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 278-284 (L. FERRAJOLI, “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada”, publicado en G. Azzariti et al, *Ai confini dello stato sociale*, Manifestolibri, Roma, 1995. Trad. castellana de M. Carbonell); *Id.*, “El paradigma del Derecho penal mínimo”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, cit., pp. 59-64; *Id.*, “¿Es posible una democracia sin Estado?”, trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 137-150; *Id.*, “¿Gobierno mundial o democracia internacional?” (1993), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 81-89 (L. FERRAJOLI, “Governo mondiale o democrazia internazionale”, *Giano*, núm. 13, 1993); *Id.*, “Guerra <ética> y Derecho: Sobre la intervención de la OTAN en los Balcanes” (1999), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 37-49 (L. FERRAJOLI, “Guerra “ética” e diritto”, *Ragione Pratica*, núm. 13, 1999); *Id.*, “Guerra, legitimidad y legalidad: A propósito de la primera guerra del Golfo” (1991), trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 27-35 (L. FERRAJOLI, “La guerra e il diritto”, *Politica ed economia*, núm. 6, 1991); *Id.*, “Guerra, terrorismo y Derecho: Sobre el ataque a Afganistán” (2001), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 51-64 (L. FERRAJOLI, “Terrorismo e guerra. L’alternativa del diritto”, *La rivista del Manifesto*, núm. 23, 2001); *Id.*, “La <guerra infinita> y el orden internacional: A propósito de la invasión de Irak” (2003), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 65-77 (L. FERRAJOLI, “Due ipotesi sull’ONU”, *La rivista del Manifesto*, núm. 39, 2003); *Id.*, “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo” (2004), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 110-122 (L. FERRAJOLI, “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo”, publicado en *Questione Giustizia* 2-3 (2004), pp. 333-244 (sic). Trad. castellana de M. Carbonell, en *Este País. Tendencias y opiniones* 203 (2007), pp. 4-11); *Id.*, “Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal” (2003), trad. de N. Guzmán, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 220-233 (L. FERRAJOLI, “Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal”. Trad. castellana de N. Guzmán en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* IX/15 (2003), pp. 15-29); *Id.*, “Libertad de circulación y constitucionalismo global”, trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit., pp. 125-135; *Id.*, “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica” (2004), trad. de P. Salazar Ugarte, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 267-277 (L. FERRAJOLI, “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica”, publicado en *La rivista del Manifesto* 46 (2004), pp. 6-10. Trad. castellana de P. Salazar Ugarte, en M. Carbonell (comp.), *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*, Porrúa, México, 2004, pp. 129-138); *Id.*, “<Magistratura democrática> y el ejercicio alternativo de la función judicial” (1972), en VV.AA., *Política y justicia en el Estado capitalista*, trad. y edición de P. Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 197-216 (L. FERRAJOLI, “<Magistratura democrática> y el ejercicio

se sabe, denomina positivismo crítico. Aunque como se avanzó, esta sólo es una acepción de un planteamiento más amplio, el garantismo, que fue necesario mostrar también. De este modo dije que Ferrajoli sostiene el garantismo a manera de reacción frente al positivismo jurídico. La objeción viene a decir que este es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional. Se trata, según Ferrajoli, de un nuevo paradigma que puede ubicarse a partir de mediados del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial cuando, en Europa, se introducen Constituciones entendidas como normas jurídicas supremas, que se caracterizan por la rigidez, el control de constitucionalidad, y la incorporación de valores, principios y derechos fundamentales.

Frente a este nuevo paradigma, como se acaba de decir, Ferrajoli sostiene que el positivismo jurídico es insuficiente. Por ello, como se vio, propone algunas alteraciones. En el plano de la Teoría del Derecho, Ferrajoli sostiene la tesis de la disociación entre vigencia y validez. La incorporación en la Constitución de valores, principios y derechos fundamentales cambia las condiciones de validez. Ahora, para que una norma sea válida no es suficiente con su creación por el órgano competente y conforme al procedimiento adecuado, se requiere además que su significado sea coherente con aquellos contenidos materiales. Ferrajoli propone llamar vigente a una norma que sólo cumpla con los criterios formales de validez. Y reservar el término válida para aquella que además cumpla con los criterios materiales de validez.

alternativo de la función judicial”, en VV.AA., *L'uso alternativo del diritto I. Scienza giuridica e analisi marxista*, edición de P. Barcellona, Laterza, Bari, 1973, pp. 105-122); *Id.*, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global” (1998), trad. de G. Pisarello, en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 397-409 (L. FERRAJOLI, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, *Isonomía*, núm. 9, 1998); *Id.*, “Por una esfera pública del mundo” (2001), trad. de C. Yturbe, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 327-349 (L. FERRAJOLI, “Por una esfera pública del mundo”, publicado en *Teoría Política* XVII/3 (2001), pp. 3-21. Trad. castellana de C. Yturbe, en *Configuraciones* 14 (2004), pp. 5-23); *Id.*, “Por una reforma democrática del ordenamiento judicial” (1973), en VV.AA., *Política y justicia en el Estado capitalista*, cit., pp. 177-195 (L. FERRAJOLI, “Per una riforma democratica dell’ordinamento giudiziario”, *Problemi del socialismo*, núm. 18, 1973); *Id.*, “Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano” (1973), en VV.AA., *Política y justicia en el Estado capitalista*, cit., pp. 87-114 (L. FERRAJOLI, “L’assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano”, *Studi Senesi*, núm. XXII, 1973); *Id.*, “Razón, Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio” (1997), trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 90-101 (L. FERRAJOLI, “Razón, Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *laudatio* de Norberto Bobbio con motivo de la concesión del doctorado *honoris causa* en Derecho por la Universidad de Camerino (Italia), el día 29 de mayo de 1997. Publicado en L. Ferrajoli y P. di Lucia, *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Giappichelli, Torino, 1999, pp. 5-14. Trad. castellana de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia. Información y Debate* 30 (1997), pp. 79-83); y L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Cuestiones políticas: Diagnósticos y propuestas”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo...*, cit., pp. 121-155.

La incorporación en la Constitución de contenidos materiales explica que ya no sea posible hablar sólo de democracia formal, sino que también es necesario referirse a una democracia sustancial. Esto es, las decisiones de la mayoría no están sólo disciplinadas por su forma sino también por su contenido. Y esta es la tesis de la democracia sustancial, que Ferrajoli propone como alteración en el plano de la Teoría Política. Pero como se vio no es este el único plano en el que Ferrajoli propone alteraciones, pues lo son también el de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, así como el de la metateoría del Derecho. Se trata de la asignación de un papel crítico a jueces y juristas, que de este modo están llamados a identificar el Derecho inválido, así como a resolver las lagunas y antinomias que se presenten en el sistema jurídico. Este papel crítico asignado a jueces y juristas, así como las tesis de la disociación entre vigencia y validez, y de la democracia sustancial, creo que son los rasgos que identifican el positivismo crítico de Ferrajoli. Recuérdese que, en este capítulo, a partir de la exposición de algunas variedades de positivismo jurídico incluyente, estoy formulando un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. De este modo, es necesario ahora comparar el positivismo crítico de Ferrajoli con la teoría de Hart.

Ferrajoli es un autor positivista. De hecho, el propio Ferrajoli así lo ha reconocido cuando afirma, por ejemplo, que la teoría que propone “es rígidamente iuspositivista: el constitucionalismo teorizado por ella como *deber ser positivo del [D]erecho positivo* no es, en modo alguno, un paradigma intermedio entre iusnaturalismo y iuspositivismo, sino un desarrollo y un perfeccionamiento del positivismo jurídico”³⁰⁷. Esto es así, pues recuérdese que el garantismo se propone a partir de algunas alteraciones al positivismo jurídico, pero no postula su abandono. Hablando de las influencias filosóficas de Ferrajoli, por otro lado, debe advertirse también que se ubican en el positivismo jurídico. A este respecto se ha dicho, por ejemplo, que debe tenerse “en cuenta que, en efecto, el impulso teórico de Ferrajoli debe rastrearse en el positivismo kelseniano y hartiano y en la filosofía analítica del [D]erecho italiana capitaneada por Bobbio a partir de los años cincuenta”³⁰⁸. Bobbio, de hecho, reconoce esta influencia positivista en Ferrajoli cuando

³⁰⁷ L. FERRAJOLI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 323.

³⁰⁸ A. de CABO y G. PISARELLO, “Prólogo: Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”, a VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 9-17, en especial p. 12.

señala que: “[c]omo teórico general del [D]erecho, Ferrajoli pertenece a la familia de los positivistas en la tradición de Kelsen, Hart y [del] positivismo italiano de este último cuarto de siglo”³⁰⁹. Como se vio en el capítulo anterior, las influencias filosóficas de Hart son la jurisprudencia analítica y la filosofía analítica del lenguaje ordinario. Aquí es interesante mencionar que Ferrajoli también participa de estas influencias. Esto es así pues, por una parte, se ha dicho que: “[s]i con respecto a las tradicionales escuelas de [T]eoría del [D]erecho la orientación teórica de Ferrajoli pertenece al positivismo jurídico, aun cuando corregido y menos intransigente pero de hecho más consecuente, en cuanto al método, o simplemente respecto al modo de proceder en la argumentación, Ferrajoli puede ser incluido entre los filósofos analíticos”³¹⁰. Y por otra, Ferrajoli hablando de disensos, equívocos y falsos problemas por ellos originados, señala que esto “revela la enorme importancia que tiene el análisis del lenguaje en la teoría y en la filosofía política. Las palabras que nombran valores y los significados con que son utilizados tienen un papel formativo no sólo de nuestras concepciones, sino también de nuestras prácticas políticas”³¹¹.

Si bien es cierto que estas son las influencias de Ferrajoli, no lo es menos que hablando de su contribución se ha señalado que: “[p]ositivismo jurídico de ascendencia kelseniana y orientación ius-analítica de inmediata raíz bobbiana, que, en nuestro autor [Ferrajoli] experimentan significativas reelaboraciones, para confluir en un normativismo singular”³¹², que como se vio no es otro más que el positivismo crítico. Aunque debo advertir, por otro lado, que sobre la adscripción de Ferrajoli al positivismo jurídico se ha sostenido, por ejemplo, que: “[s]u adhesión al positivismo jurídico [...] se limita a su enfoque o metodología [al sostener la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, y] [...] [a] su vez, otra de las tesis características de un enfoque positivista, la dependencia del [D]erecho de decisiones de las autoridades, se afirma una y otra vez a lo largo de su obra”³¹³. Ya se dijo que Ferrajoli es un autor positivista. Pero señalé también

³⁰⁹ N. BOBBIO, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 17.

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ L. FERRAJOLI, “Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo” (2007), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 143-152, en especial p. 151 (L. FERRAJOLI, “Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, texto de la conferencia impartida en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM el 30 de octubre de 2007, con motivo de la recepción del Premio Internacional de Investigación Jurídica <Héctor Fix Zamudio>. Trad. castellana de M. Carbonell).

³¹² P. ANDRÉS IBÁÑEZ, “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, cit., p. 9.

³¹³ J.J. MORESO MATEOS y P.E. NAVARRO, “Introducción”, a L. FERRAJOLI, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., pp. 7-14, en especial pp. 11 y 12.

que aquí lo interesante es efectuar una comparación entre el positivismo crítico de Ferrajoli y la teoría de Hart. De este modo, creo que lo primero que debe señalarse es que mientras que como se vio en el capítulo anterior, la de Hart es una teoría general y descriptiva del Derecho, el positivismo crítico de Ferrajoli es, en cambio, una teoría particular, construida a partir del Derecho penal, y del caso italiano, y es además una teoría normativa. Esto último es así, pues en palabras de Ferrajoli: “[p]or ahora, [se limitará] a observar que la teoría que [propone] como por otra parte [cree] toda [T]eoría del [D]erecho, es normativa en dos sentidos: en el sentido de que sus postulados y definiciones son convenciones, estipuladas libremente si bien en función de su capacidad explicativa y de su alcance empírico con relación a las modernas democracias constitucionales; y, en el sentido, de que las tesis de la teoría, al igual que las de la lógica deóntica y las del mismo principio de no-contradicción, son normativas respecto del [D]erecho positivo en el que se dan, aunque teóricamente no deberían darse, tanto antinomias como lagunas”³¹⁴. A estas palabras de Ferrajoli sólo bastaría agregar que el carácter normativo de su teoría queda fuera de discusión si no perdemos de vista el papel crítico que como se vio asigna a jueces y juristas. Así, creo que es posible señalar que el positivismo crítico de Ferrajoli no es lo mismo que el positivismo jurídico hartiano en relación con lo hasta aquí dicho sobre su comprensión de la Teoría del Derecho. Ahora lo interesante será mostrar, aunque ya se ha avanzado sobre ello, la postura de Ferrajoli en relación con las tesis que en el capítulo anterior identifiqué como rasgos de la teoría de Hart. Me refiero a las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad judicial.

En efecto, en el capítulo anterior señalé que para Hart la tesis de las fuentes sociales viene a decir que para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos. Esta práctica determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son los criterios últimos de validez jurídica, y no es otra cosa más que la regla de reconocimiento. En fin, esta tesis afirma que el Derecho es un producto humano. A mi forma de ver las cosas, aunque sin emplear la terminología ni la construcción teórica de Hart, Ferrajoli admite la tesis de las fuentes sociales. Digo esto porque Ferrajoli tiene algunos textos que así lo muestran. Efectivamente, Ferrajoli señala,

³¹⁴ L. FERRAJOLI, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 153.

por ejemplo que, así como la democracia³¹⁵: “[e]l [D]erecho es una construcción humana”³¹⁶ o, lo que es lo mismo, que “el [D]erecho positivo es un producto humano”³¹⁷. Es decir, el Derecho “dictado o construido histórica y espacialmente, es una realidad completamente humana y artificial”³¹⁸. El Derecho, incluso visto como sistema jurídico, dice Ferrajoli, “no es un mundo natural, sino un mundo artificial construido por los hombres”³¹⁹. Hablando de la Ciencia Jurídica, por otro lado, Ferrajoli señala que “en el [D]erecho tanto la ciencia como su objeto son un producto de los hombres y dependen de cuanto ellos, por intereses y cultura, piensan y quieren en torno al [D]erecho”³²⁰. Y sobre el papel del jurista, Ferrajoli reitera que “el [D]erecho es siempre una realidad no natural sino artificial, construida por los hombres, incluidos los juristas, que tienen una parte no pequeña de responsabilidad en el asunto”³²¹. Y en comparación con las ciencias naturales, Ferrajoli añade que: “[e]l mundo del Derecho, es decir, el objeto de la [C]iencia [J]urídica no es, a diferencia del de las ciencias naturales, un mundo natural, sino un mundo artificial, <puesto>, es decir, producido por hombres a quienes corresponde la responsabilidad de ello”³²². Sobre esta realidad no natural, Ferrajoli precisa que, en efecto: “[e]l [D]erecho moderno no tiene nada de <natural>. Se presenta tal como va configurándose a través de diversas relaciones de poder. Pero se presenta también, de forma más general, como lo quieren y lo construyen los hombres, con sus reivindicaciones y sus luchas y también con el trabajo de los filósofos y los juristas”³²³.

Creo que estos textos son suficientes para sostener que, como ya se dijo, en mi opinión, aunque sin emplear la terminología ni la construcción teórica de Hart, Ferrajoli admite la tesis de las fuentes sociales. Pero como se sabe este no es el único rasgo que identifica el positivismo jurídico hartiano, pues lo es también la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. No se pierda de vista que como señalé en el capítulo

³¹⁵ L. FERRAJOLI, “La democracia constitucional” (1998), trad. de C. Courtis, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., p. 41.

³¹⁶ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 70.

³¹⁷ L. FERRAJOLI, “La formación y el uso de los conceptos en la Ciencia Jurídica y en la aplicación de la ley”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 82.

³¹⁸ *Ídem.*, p. 105.

³¹⁹ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 878.

³²⁰ *Ídem.*, p. 63.

³²¹ L. FERRAJOLI, “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 18.

³²² L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Cuestiones biográficas: Trabajo intelectual y compromiso civil”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo...*, cit., pp. 21 y 22.

³²³ L. FERRAJOLI, “La soberanía en el mundo moderno” (1994), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 155.

anterior, esta tesis arguye que, aunque existen numerosas e importantes conexiones entre Derecho y moral, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. Téngase presente además que como apunté, en respuesta a la crítica de Dworkin e incluso antes de ella, Hart concede que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios que identifican el Derecho por su contenido. Pero precisé que, a mi forma de ver las cosas, Hart con esta concesión no se refiere a principios de moral objetiva. En este apartado he insistido en que Ferrajoli propone el garantismo a manera de reacción frente al positivismo jurídico, al decir que este es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional. Esto es así, ya lo señalé también, porque, entre otras razones, para Ferrajoli este nuevo paradigma se caracteriza por la incorporación en la Constitución de valores, principios y derechos fundamentales, que llama normas sustanciales, y afirma que funcionan como criterios materiales de validez. Se dijo además que para Ferrajoli estas normas sustanciales no son otra cosa más que los contenidos aportados por el iusnaturalismo racionalista e ilustrado. Y de este modo parecería que conforme a la teoría de Ferrajoli la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral. Esta es la razón por la que incluí el planteamiento de Ferrajoli en este capítulo que está dedicado a las variedades de positivismo jurídico incluyente.

Sin embargo, antes de referirme a esta cuestión, es decir, a si el positivismo crítico es una variedad de la versión incluyente, debo tratar lo relativo a la postura de Ferrajoli sobre la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Ferrajoli distingue entre dos acepciones de esta tesis³²⁴. En sus palabras: “[c]on la fórmula <separación del [D]erecho de la moral> pueden entenderse dos cosas diferentes, dependiendo de que se utilice en sentido *asertivo* o en sentido *prescriptivo*. En el primer caso, la fórmula es una tesis teórica acerca de la autonomía de los juicios jurídicos respecto a los juicios ético-políticos, que tiene que ver sobre todo con el problema *jurídico* de la legitimación *interna* o de la *validez*. En el segundo caso es un principio normativo acerca de la diversidad de funciones y la consiguiente autonomía de las normas jurídicas respecto a las normas morales, que hace referencia esencialmente al *problema político* de la justificación

³²⁴ L. FERRAJOLI, “Laicidad del Derecho y laicidad de la moral” (2007), trad. de P. Salazar Ugarte, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 132-142, en especial p. 135 (L. FERRAJOLI, “Laicidad del Derecho y laicidad de la moral”, texto reducido y modificado de una ponencia presentada en el Congreso <Valori e secolarizzazione nel diritto penale>, celebrado en Verona el 9-10 de marzo de 2007 y publicado en *Segno* 290 (2007), pp. 68-78. Trad. castellana de P. Salazar Ugarte en *Revista de la Facultad de Derecho de México* 245 (2007), pp. 267-277).

externa o de la *justicia*”³²⁵. En mi opinión, Ferrajoli admite la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral en los planos de legitimación interna y externa. De hecho, para Ferrajoli: “[e]l principal presupuesto metodológico de una teoría general del garantismo está en la separación entre [D]erecho y moral”³²⁶. Digo que Ferrajoli admite esta tesis en el plano de legitimación interna ya que, por ejemplo, hablando de la doble artificialidad presente en el Derecho del Estado constitucional, Ferrajoli afirma que: “[n]o se trata de eliminar o de poner en crisis la separación entre [D]erecho y moral realizada con el primer positivismo, sino, por el contrario, de completar el paradigma positivista y al mismo tiempo el Estado de [D]erecho”³²⁷, que como se vio Ferrajoli postula su perfeccionamiento en el Estado constitucional de Derecho. Pero incluso en este nuevo paradigma, la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral se sostiene. En efecto, en palabras de Ferrajoli, “la teoría garantista del Estado constitucional de [D]erecho –justamente porque está basada en la separación laica entre [D]erecho y moral– no sólo no supone sino que ni siquiera requiere, ni debe requerir, la adhesión a los valores ético-políticos que incorpora jurídicamente. No solamente no la impone, sino que impone no imponerla. Hasta el punto de que [...] la principal razón de la adhesión a la ética que subyace al Estado constitucional de [D]erecho, incluyendo el valor de los derechos fundamentales, reside en el hecho de que no requiere ninguna adhesión”³²⁸.

Asimismo, creo que es posible sostener que Ferrajoli admite la tesis de la separación en sede de legitimación interna, porque a mi forma de ver las cosas los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución que, conforme a la teoría de Ferrajoli, funcionan como criterios materiales de validez no son moral sino Derecho. En efecto, Ferrajoli explicando la diferencia entre formalismo jurídico y positivismo jurídico, dice que este último planteamiento sobre el Derecho “puede tener un significado más amplio y distinto. Entre otras cosas designa una concepción y un modelo de [D]erecho en el que no sólo la *existencia* de las normas, en tanto vinculada a su forma de producción, sino también los criterios sustanciales de reconocimiento y

³²⁵ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 219.

³²⁶ Ídem., p. 854.

³²⁷ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías...*, cit., p. 67.

³²⁸ L. FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales” (2002), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 42-59, en especial p. 54 (L. FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales”, publicado originalmente en T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 95-116. Trad. castellana de M. Carbonell, en L. Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2006, pp. 5-49).

validez de las mismas son puestas, artificialmente, por el propio [D]erecho positivo”³²⁹. Si estos criterios sustanciales que no son más que los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución, que funcionan como criterios materiales de validez, son puestos artificialmente, esto es, a través de los cauces de producción normativa y no por su verdad o corrección moral, insisto en que no se trata de moral sino de Derecho. Si esto es así, creo que podría sostenerse que conforme a la teoría de Ferrajoli la determinación de la validez jurídica no implica un argumento moral. Y, por tanto, en mi opinión, el positivismo crítico no es una variedad de positivismo jurídico incluyente. Esta es una de las conclusiones del presente apartado.

Considero, por otro lado, que Ferrajoli admite la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral en el plano de legitimación externa. Esto es así porque, en sus palabras, hablando de las acepciones de “garantismo”, recuérdese que: “[e]n una tercera acepción, en fin, <garantismo> designa una *filosofía política* que impone al [D]erecho y al [E]stado la carga de la justificación externa conforme a los bienes y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos. En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre [D]erecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre <ser> y <deber ser> *del* [D]erecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista únicamente *externo*, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del [D]erecho y del [E]stado”³³⁰. Hablando de legitimación externa, por otra parte, debo advertir que a mi forma de ver las cosas Ferrajoli rechaza la moral objetiva. A este respecto, son ilustrativas las siguientes palabras de Ferrajoli, que en discusión con J. Ruiz Manero, expresa: “[a]un si, como te será fácil comprender, para quien, como yo, sostiene la separación iuspositivista entre Derecho y moral, es difícil no asociar el objetivismo ético, en algún sentido, por mínimo y moderado que sea, de <objetividad moral>, a alguna forma de iusnaturalismo”³³¹, que sostengo Ferrajoli no comparte. Esto es así, porque Ferrajoli afirma, por ejemplo, que “la *justicia sustancial* [...] en sentido absoluto no es de este mundo”³³² o, dicho de otra forma, “la justicia perfecta no es de este mundo, y cualquier pretensión de haberla realizado por parte de un

³²⁹ L. FERRAJOLI, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 266.

³³⁰ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 853.

³³¹ L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Dos modelos de Teoría del Derecho y de constitucionalismo”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo...*, cit., pp. 31-119, en especial p. 119.

³³² L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 169.

sistema penal no sólo es ilusoria sino signo de la más peligrosa de las imperfecciones: la vocación totalitaria”³³³. Refiriéndose de nuevo al Derecho penal, Ferrajoli señala, en fin, que: “[p]recisamente, el principio teórico de la separación entre [D]erecho y moral, junto a la relatividad de los juicios éticos, derivada de la autonomía de cada conciencia y del principio meta-ético de la tolerancia, impiden que un sistema de prohibiciones penales pueda proclamarse nunca objetivamente justo o íntegramente justificado. No existen, de hecho, principios jurídicos que puedan garantizar la justicia absoluta de un sistema penal, ni aun limitándonos a sus enunciados normativos y dejando de lado su funcionamiento real. Ni son concebibles sistemas jurídicos-penales perfectos, siendo, como son, irreductibles tanto la autonomía y la pluralidad de los juicios ético-políticos sobre su imperfección, como la relatividad histórica y política de las opciones legislativas sobre lo que debe prohibirse”³³⁴. Pues bien, creo que, hablando de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, como ya se dijo, es posible sostener que Ferrajoli la admite tanto en el plano de legitimación interna como en el de legitimación externa. Como se sabe, la tesis de la separación conceptual no es, sin embargo, el único rasgo que identifica el positivismo jurídico hartiano, pues lo es también la tesis de la discrecionalidad judicial.

En el capítulo anterior, dije que para Hart esta tesis sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos, y en consecuencia el Derecho es parcialmente indeterminado. Si el juez ha de llegar por sí mismo a una decisión en tales casos debe ejercitar su discrecionalidad y crear Derecho. En mi opinión, Ferrajoli admite esta tesis. De este modo, quizás lo primero que deba advertir es que, según Ferrajoli: “[l]a idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde [...] a una ilusión metafísica: en efecto, tanto las condiciones de uso del término <verdadero> como los criterios de aceptación de la <verdad> en el proceso exigen inevitablemente decisiones dotadas de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad”³³⁵. Por ello sostengo que Ferrajoli admite la tesis de la discrecionalidad judicial. Además, no debe perderse de vista que Ferrajoli tiene algunos otros textos que así lo confirman. Por ejemplo, cuando Ferrajoli afirma, por una parte, que: “[l]a *interpretación* de la ley, como hoy es pacíficamente admitido, no es nunca una actividad solamente reconocitiva, sino que siempre es el fruto de una elección práctica

³³³ Ídem., p. 462.

³³⁴ Ídem., p. 461.

³³⁵ Ídem., p. 38.

respecto de hipótesis interpretativas alternativas. Y esta elección, más o menos opinable según el grado de indeterminación de la previsión legal, concluye inevitablemente en el ejercicio de un poder en la denotación o calificación jurídica de los hechos juzgados”³³⁶ y, por otra, que “la jurisdicción, que, si bien está sometida a la ley, implica unos espacios de discrecionalidad interpretativa que no se pueden suprimir y que inevitablemente deben colmarse con las elecciones y juicios de valor del intérprete”³³⁷. Entre estos juicios de valor, como ya se dijo, Ferrajoli no admite la moral objetiva. Esto es así, pues según Ferrajoli: “[a]l realizar las elecciones impuestas por estos espacios de discrecionalidad, el juez en particular nunca es neutral si por <neutralidad> no se entiende sólo su honestidad intelectual y su desinterés personal por los intereses concretos en causa, sino una imposible ausencia de valoraciones o de carácter político de las opciones y una ilusoria objetividad de los juicios de valor”³³⁸. De este modo es posible sostener que, como ya se dijo, Ferrajoli admite la tesis de la discrecionalidad judicial. Si esto es así, debo advertir entonces que el positivismo crítico de Ferrajoli se distingue del positivismo jurídico hartiano, porque como se vio el primero es una teoría particular y normativa del Derecho en tanto que el segundo como se sabe es una teoría general y descriptiva. No obstante, como quedó de manifiesto es posible señalar, por otro lado, que Ferrajoli admite las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad judicial. Ahora, sin embargo, la pregunta es si el positivismo crítico de Ferrajoli es, en comparación con el positivismo jurídico hartiano, una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Creo que la mejor forma de resolver esta cuestión es mostrar algunas críticas que se han formulado a la teoría de Ferrajoli y, en su caso, determinar si el positivismo jurídico hartiano puede afrontarlas.

He insistido en que Ferrajoli propone el garantismo a manera de reacción frente al positivismo jurídico, al decir que este es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional. Señalé que, para Ferrajoli, se trata de un nuevo paradigma que es posible ubicar a mediados del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial cuando, en Europa, se introducen Constituciones que, entendidas como normas jurídicas supremas, se caracterizan por la rigidez, el control de constitucionalidad y la

³³⁶ Ídem., pp. 38 y 39.

³³⁷ L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., p. 188.

³³⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, cit., p. 174.

incorporación de valores, principios y derechos fundamentales. La segunda parte de la investigación tiene por objeto mostrar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor explicación del Derecho del Estado constitucional. Por ello no creo que sea conveniente aportar aquí alguna consideración al respecto, por ejemplo, sobre si este tipo de sistema jurídico se trata de un nuevo paradigma como piensa Ferrajoli. Propongo, en cambio, avanzar sobre algunas objeciones que se han formulado a las alteraciones propuestas por Ferrajoli al positivismo jurídico.

No se pierda de vista que, a partir de la incorporación en la Constitución de valores, principios y derechos fundamentales, Ferrajoli establece una divergencia deóntica entre ser y deber ser en el Derecho. Así, es posible hablar de criterios formales y criterios materiales de validez. Recuérdese además que, a partir de este cambio en las condiciones de validez, Ferrajoli propone una primera alteración al positivismo jurídico en el plano de la Teoría del Derecho. Se trata como se vio de la tesis de la disociación entre vigencia y validez. Pues bien, aquí es posible hablar de una primera objeción a la teoría de Ferrajoli. Moreso, por ejemplo, viene a decir que: “[e]s cierto, como a veces sugiere Ferrajoli, que es en el [E]stado constitucional cuando por primera vez puede desafiarse por razones de contenido la validez de las *leyes*; ahora bien, la importancia de este hecho no debe llevarnos a ignorar que los elementos conceptuales de la distinción entre validez y vigencia estaban ya presentes en el *viejo* [E]stado legislativo de [D]erecho”³³⁹. Moreso argumenta que esto es así porque antes de aquel paradigma constitucional ya se presentaban los supuestos de reglamentos y sentencias contrarios a la ley. Ferrajoli admite esta objeción de Moreso. Efectivamente, en palabras de Ferrajoli: “[l]os desniveles normativos y la invalidez sustancial de los actos jurídicos prescriptivos, afirma [Moreso] con razón, no son en absoluto novedades introducidas por el constitucionalismo. Siempre hubo reglamentos inválidos desde el punto de vista de su contenido, es decir, contrarios a la ley, y más en general, actos jurídicos, sentencias y disposiciones administrativas sustancialmente inválidas [...] [Ferrajoli está de acuerdo en] que los supuestos teóricos y jurídicos de la distinción entre validez y vigencia de las leyes existían mucho antes de la introducción de las [C]onstituciones rígidas”³⁴⁰. Hasta

³³⁹ J.J. MORESO MATEOS, “Sobre “La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 117-132, en especial p. 122.

³⁴⁰ L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia et al, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 207 y 208.

aquí la objeción de Moreso. Pero esta no es la única crítica que se ha formulado a la tesis de la disociación entre vigencia y validez³⁴¹, es decir, a la alteración propuesta por Ferrajoli en el plano de la Teoría del Derecho.

En efecto, a mi forma de ver las cosas, otra objeción a esta alteración es que la tesis de la disociación entre vigencia y validez parte de premisas discutibles y además creo que poco aporta a la Teoría del Derecho. Recuérdese que Ferrajoli propone esta tesis, como se ha insistido, a manera de reacción frente al positivismo jurídico, que llamado dogmático e identificado con los planteamientos de Kelsen, Hart y Bobbio, viene a decir que ignoran, o por lo menos, valoran poco la disociación entre vigencia y validez. No es este, sin embargo, el lugar para referirme a las teorías de Kelsen o Bobbio, pues no se pierda de vista que en esta investigación estoy defendiendo el positivismo jurídico hartiano. De este modo sólo me ocuparé de la teoría de Hart. Creo que decir, como lo hace Ferrajoli, que Hart ignora la disociación entre vigencia y validez, cualquiera que sea el significado del primer término, es una premisa discutible. Según Ferrajoli, Hart sostiene que validez es existencia jurídica. Esto es, una norma es válida si es creada por el órgano competente y conforme al procedimiento adecuado, ignorando así que existen contenidos materiales que también condicionan la validez de la norma. En el capítulo anterior mostré que para Hart validez es pertenencia al sistema jurídico. Señalé que una norma pertenece al sistema si tiene la característica especificada por la regla de reconocimiento. Si esta característica es una de origen o bien, de contenido es una cuestión sobre la que, como se recordará, versó el citado capítulo anterior. Aquí no es necesario insistir en que Hart concede que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios que identifican el Derecho por su contenido, pero sí sería interesante recordar que Hart, aun antes de la crítica de Dworkin, señaló que determinados principios y derechos funcionan como límites a la competencia del órgano productor. Sobre esta idea volveré en la segunda parte de la investigación, lo que quiero señalar aquí es que en mi opinión Ferrajoli parte de una premisa discutible al decir que para Hart validez es existencia jurídica, porque no creo que Hart ignorara que ciertos principios y derechos

³⁴¹ E. VITALE, “¿Teoría General del Derecho o fundación de una república óptima?: Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli” (1998), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 63-73, en especial p. 64 (E. VITALE, “Teoria generale del diritto o fondazione dell’ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli”, *Teoria Politica*, núm. XIV-2, 1998, pp. 41-48). En respuesta, véase L. FERRAJOLI, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 148 y 149.

juegan un papel en la determinación de la validez jurídica, aunque quizás no en la forma defendida por Ferrajoli. Si, por otro lado, “existencia” es para Ferrajoli “efectividad” de una norma y esta idea se la atribuye a Hart también el planteamiento es cuestionable. Pues como ya se mostró, Hart distingue entre validez y efectividad. Por tanto, decir, como lo hace Ferrajoli, que Hart ignora que existe una diferencia entre vigencia (entendida como existencia jurídica o bien, como efectividad) y validez es, por lo menos, una idea poco plausible.

Como ya dije, por otro lado, sostengo además que la tesis de la disociación entre vigencia y validez poco aporta a la Teoría del Derecho. Es pacífico que el término vigencia se traduce en que una norma surta efectos o sea obligatoria. Es admitido también que, por ejemplo, toda ley contiene disposiciones transitorias en las que se señala que, a partir de una fecha posterior a su publicación en algún periódico oficial, la norma en cuestión entrará en vigor³⁴². De este modo, se ha sostenido, por ejemplo, que: “[a]lgunas veces los sistemas jurídicos establecen que las normas no entrarán en vigor hasta que no transcurra un determinado período de tiempo desde su publicación”³⁴³. Este período o “*interregno de tiempo*”³⁴⁴ que media entre dicha publicación y la entrada en vigor es la *vacatio legis*. Efectivamente: “[s]e conoce como *vacatio legis* el período de tiempo que transcurre entre la publicación de la ley y su entrada en vigor y consiguiente aplicabilidad”³⁴⁵. Qué duda cabe de que, por otro lado: “[l]as leyes [...] deben ser publicadas. Sólo entonces pueden entrar en vigor, esto es, pueden empezar a regir en la vida social. Y lo normal es que dicha entrada en vigor se dilate durante un plazo más o menos largo cuya finalidad es la de que la comunidad tenga tiempo suficiente para conocer adecuadamente la ley”³⁴⁶. Este plazo no es otro más que, como ya se dijo, la *vacatio legis*. Pues bien, digo que la tesis de Ferrajoli poco aporta porque sostenerla sería tanto como decir que durante la *vacatio legis* la norma no ha cumplido los criterios

³⁴² En contra, véanse G.J. POSTEMA, “Conformidad, costumbre y congruencia: Repensando la eficacia del Derecho”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (2007), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, compilación de M.H. Kramer *et al*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 79-104, en especial pp. 85 y 93; y R.F. STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho* (1922), trad. de W. Roces, Reus, Madrid, 2007, pp. 231, 261 y 264.

³⁴³ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 120.

³⁴⁴ F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 149-353, en especial p. 335.

³⁴⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 172.

³⁴⁶ R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho: (Introducción al estudio del Derecho)* (1974), Civitas, 6ª ed., Madrid, 1993, p. 57.

formales de validez, y esto es falso. Y desde luego el positivismo jurídico hartiano no incurre en esta imprecisión.

Hasta aquí algunas objeciones a la alteración propuesta por Ferrajoli al positivismo jurídico en el plano de la Teoría del Derecho. Debo advertir, sin embargo, que no son las únicas, pues también se han formulado ciertas críticas a la alteración propuesta en el plano de la Teoría Política. Recuérdese que, como se acaba de decir, Ferrajoli propone una alteración al positivismo jurídico en el plano de la Teoría Política. Señalé que esta no es otra cosa más que la tesis de la democracia sustancial. Esta viene a decir como se vio que las decisiones de la mayoría no sólo están disciplinadas por su forma sino también por su contenido. A este respecto debo advertir que no hay consenso sobre esta tesis. Antes quizás deba señalar que como ha quedado claro, a diferencia de los apartados anteriores, en este me he extendido en la crítica a la teoría de Ferrajoli. Esto ha sido así pues creí conveniente mostrar la mayor parte de las objeciones que se han formulado a su planteamiento. No se pierda de vista, además, que mi propósito, como ya se dijo, es defender que el positivismo jurídico hartiano, a diferencia del positivismo crítico, es una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Dicho esto vuelvo sobre la crítica a la tesis de la democracia sustancial. Ya apunté que no hay consenso sobre esta idea pues, por ejemplo, M. Bovero ha señalado que: “[s]ugiriendo mantener una clara distinción incluso léxica entre democracia y Estado de Derecho, sostenía que el contenido (el <qué>) de las decisiones colectivas *no* concierne a la democracia, en el único sentido [...] plausible y no eulógico del término: una decisión no es calificable como (más o menos) democrática a partir de su contenido, sino exclusivamente a partir de su forma”³⁴⁷. Bovero explica, por otra parte, que quizás Ferrajoli incurra en esta, en su opinión, imprecisión porque “en la teoría formalizada del [D]erecho a la que Ferrajoli se dedica desde hace tiempo, el término <democracia> es asumido como primitivo, es decir, no definido”³⁴⁸. Sobre la tesis de la democracia sustancial no hay consenso pues, por otro lado, A. Pintore, al igual que Bovero como se acaba de ver, no la comparte. En efecto, la tesis de Pintore “es que, en la definición, si se quiere ser fiel a la semántica de <democracia> (de los modernos), pueden incluirse los

³⁴⁷ M. BOVERO, “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli: Un acuerdo global y una discrepancia concreta” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 215-242, en especial p. 236 (M. BOVERO, “Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso specifico”, *Teoria Politica*, núm. XVI-3, 2000, pp. 19-39).

³⁴⁸ Ídem., p. 238.

presupuestos, pero no debe incluirse el contenido”³⁴⁹. Ferrajoli, en respuesta a Pintore, señala que no se detendrá “en la poco clara distinción entre los <contenidos>, que Pintore interpreta como <los ámbitos sobre los que puede versar la decisión democrática>, y los <presupuestos (también éstos de contenido) que hacen de dicho método decisional un método, justamente por ello, democrático>, si no es para decir que no se ve en qué se distinguen jurídicamente estos presupuestos, si son establecidos normativamente, de todos los otros contenidos, o significados normativos o normas que, como tales, deben ser respetadas”³⁵⁰.

Otra de las objeciones que se han formulado a la tesis de la democracia sustancial de Ferrajoli es que hablar de democracia escapa del ámbito de la Teoría del Derecho. Esta objeción es sostenida, por ejemplo, por D. Zolo que, en sus palabras, no discute “que sea posible elaborar una teoría <jurídica de la democracia>. [Se limitará] a decir que, en [su] opinión, la democracia no es un fenómeno esencial o prevalentemente jurídico. El acercamiento jurídico a la democracia no puede ser más que un punto de vista parcial frente a otros muchos posibles, como el económico, el sociológico, el político-institucional, el psico-antropológico, el sistémico, etc.”³⁵¹. Ferrajoli, en respuesta a esta objeción, dice que está “de acuerdo con Zolo en su consideración de que <El acercamiento jurídico a la democracia> es <un punto de vista parcial frente a otros muchos posibles, como el económico, el sociológico, el político-institucional, el psico-antropológico, el sistémico, etc.> [Piensa] sin embargo, que de todas las posibles aproximaciones la jurídica es, si no la más importante, la previa a todas las otras”³⁵². No creo que sea necesario discutir aquí el carácter previo del Derecho respecto de la comprensión de la democracia. Pero lo que sí creo conveniente señalar es que, a mi forma de ver las cosas, por una parte, Zolo tiene razón cuando afirma que sostener, como lo hace Ferrajoli, la tesis de la democracia sustancial escapa del ámbito de la Teoría del Derecho, aunque podría objetarse que no están del todo claros los límites entre Teoría del Derecho y Teoría

³⁴⁹ A. PINTORE, “Derechos insaciables” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 243-265, en especial p. 249 (A. PINTORE, “Diritti insaziabili”, *Teoria Politica*, núm. XVI-2, 2000, pp. 3-20).

³⁵⁰ L. FERRAJOLI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 341 y 342.

³⁵¹ D. ZOLO, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los <derechos fundamentales>: A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 75-104, en especial p. 82 (D. ZOLO, “Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei <diritti Fondamentali>. A proposito di un saggio di Luigi Ferrajoli”, *Teoria Politica*, núm. XV-1, 1999, pp. 3-24).

³⁵² L. FERRAJOLI, “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 168.

Política y, por otra, que como se sabe en esta imprecisión no incurre el positivismo jurídico hartiano.

Hasta aquí algunas objeciones a las alteraciones propuestas por Ferrajoli en diversos planos. Pero debo decir, por otro lado, que se ha criticado también la inscripción de Ferrajoli en el positivismo jurídico. De este modo, por ejemplo, M. Atienza ha señalado que: “[s]i volvemos a la famosa distinción de Bobbio entre el positivismo como enfoque o modo de aproximarse al estudio del [D]erecho, como teoría y como ideología, y la ponemos en conexión con las ideas de Ferrajoli, podríamos llegar a la conclusión de que su concepción del [D]erecho: no es positivista en el primero de los sentidos; puesto que él no mantiene ya una neta distinción entre el [D]erecho como hecho y como valor, entre el [D]erecho que es y el [D]erecho que debe ser; tampoco lo sería en el segundo, ya que no acepta ni la tesis de la supremacía de la ley ni la del carácter pleno y coherente del ordenamiento jurídico; y habría, paradójicamente, alguna razón para considerar que presta adhesión al positivismo ideológico en cuanto que, de alguna forma, viene a sostener que el [D]erecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, es justo”³⁵³. Ferrajoli, en respuesta a Atienza, dice que debe “confesar que esta distinción de Bobbio nunca [le] ha convencido del todo. En ella, extrañamente, no se habla nunca de la [C]onstitución ni, por consiguiente, del deber ser jurídico o constitucional de la legislación [...] Se trata [...] de una concepción del positivismo jurídico que refleja la estructura del [E]stado legislativo de [D]erecho, pero no la mucho más compleja del [E]stado constitucional de [D]erecho [...] Dicho esto, puesto que [debe] tomar partido en relación con cada uno de estos tres significados del positivismo jurídico distinguidos por Bobbio, [dirá] que obviamente no [es] iuspositivista según el tercer significado, el del positivismo jurídico como ideología, como, por cierto, tampoco lo es Bobbio. En cambio, [dirá] que sí lo [es] según el primer significado, el del positivismo jurídico como aproximación al estudio del “[D]erecho que es”, puesto que también la [C]onstitución es un hecho, es decir “[D]erecho que es”, o [D]erecho “positivo”, o “existente” o “vigente”, si bien entraña una relación de “deber ser” con la legislación ordinaria que, sin embargo, podría perfectamente no ser la que según la [C]onstitución debería ser [...] En lo referente al segundo significado, no [se identifica] con la teoría paleo-iuspositivista del [D]erecho descrita por Bobbio, que [considera] adecuada para dar cuenta de los ordenamientos

³⁵³ M. ATIENZA, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 133-165, en especial p. 147.

dotados de un solo nivel legislativo, el de la ley ordinaria, pero no de aquellos dotados de [C]onstitución rígida [...] Pero esto no quita que una [T]eoría del [D]erecho como la que [plantea] basada en el enfoque expresado por el primer significado, sea una [T]eoría del [D]erecho positivo y, en este sentido, una teoría iuspositivista”³⁵⁴.

Hasta aquí la objeción de Atienza y la respuesta de Ferrajoli sobre su inscripción en el positivismo jurídico, conforme a la distinción de Bobbio. Ahora bien, hablando de este planteamiento sobre el Derecho ya dije que Ferrajoli admite la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Señalé que esto es así tanto en sede de legitimación interna como en sede de legitimación externa. Y sobre esta última apunté que a mi forma de ver las cosas Ferrajoli rechaza la moral objetiva. Pues bien, este rechazo ha motivado algunas objeciones. Efectivamente, Atienza, por ejemplo, critica la teoría de Ferrajoli por su rechazo a la moral objetiva. En sus palabras: “[l]o que [ha] pretendido, dicho con brevedad, es sugerir que la teoría sería mejor –más completa y más coherente- si también Ferrajoli se decidiese a dejar atrás el positivismo jurídico, lo que (conviene insistir en ello) no significa situar por delante al (o situarse al lado del) [D]erecho natural. Lo que se echa en falta en su obra es, sobre todo, una teoría moral que se integre con (y reequilibre) sus planteamientos jurídicos y políticos. En [opinión de Atienza] esa teoría moral no tendría que construirse sobre bases absolutistas, pero sí tendría que ser una teoría objetivista de la moral, entre otras cosas porque ésa es la que resulta más coherente con su concepción de los derechos fundamentales y con su visión del [D]erecho como un instrumento indispensable (puesto que no tenemos otro) para luchar por los valores de la igualdad y de la solidaridad”³⁵⁵. Atienza, sin embargo, no es el único que ha criticado la falta de una teoría objetivista de la moral en la obra de Ferrajoli. En el mismo sentido se ha pronunciado, por ejemplo, Moreso que, en efecto, señala que “Ferrajoli a través de su trayectoria intelectual ha defendido una posición escéptica en materia moral. En [opinión de Moreso] este escepticismo produce algún tipo de inestabilidad en su concepción global. Sólo si hay la esperanza de objetividad en filosofía política y en filosofía moral, tiene sentido hacer descansar algunas prácticas jurídicas interpretativas y aplicativas en ellas. En [opinión de Moreso] en la teoría jurídica del garantismo debería habilitarse un

³⁵⁴ L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 168-170.

³⁵⁵ M. ATIENZA, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 164 y 165.

espacio para la objetividad de la moral y de la política”³⁵⁶. Y esto es así, hablando en concreto de los derechos fundamentales, porque se ha sostenido que resultaría problemático su fundamento. De este modo, por ejemplo, Pintore sostiene que: “[l]a falta de una fundamentación moral objetiva de los derechos conduce, así, a buscar su fundamento en el hecho mismo de la existencia de las [C]onstituciones, incluso eternizadas como contratos sociales”³⁵⁷. Como se acaba de decir, Atienza, Moreso y Pintore critican el rechazo de la moral objetiva. Ferrajoli, en respuesta, sostiene que: “[e]n cuanto a [su] no cognitivism ético, el mismo no es en absoluto incompatible con el reconocimiento de los valores ético-políticos sobre los que se fundamentan los ordenamientos de nuestras democracias constitucionales y, como reflejo, también las teorías de la democracia que tienen como referentes empíricos a esos ordenamientos. [Su] metaética anticognitivista entraña sólo que esos valores no consisten en la <verdad>, sino en fundamentos ético-políticos o de <justicia>: fundamentos, por lo demás, que [ha] tenido muchas veces ocasión de identificar con la paz, la igualdad, la dignidad de la persona y la protección de los más débiles”³⁵⁸.

Pues bien, hasta aquí el garantismo de Ferrajoli y algunas objeciones que se han formulado a esta teoría. Ferrajoli es un autor positivista. En mi opinión, Ferrajoli admite las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad judicial. Así, la diferencia entre el positivismo crítico de Ferrajoli y el positivismo jurídico hartiano, como ya se dijo, es que el primero es una teoría particular y normativa del Derecho. El segundo, en cambio, una teoría general y descriptiva. Sin embargo, como se ha insistido, en este capítulo, a partir de la exposición de algunas variedades de positivismo jurídico incluyente, estoy formulando un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Para ello, creo que conviene reiterar que el objeto de este apartado fue mostrar el positivismo crítico de Ferrajoli. Aunque como señalé también, este sólo es una acepción de un planteamiento más amplio, el garantismo, por lo que fue necesario mostrarlo también. Como se ha insistido, Ferrajoli propone el garantismo a manera de reacción frente al positivismo jurídico, al decir que este es incapaz de explicar

³⁵⁶ J.J. MORESO MATEOS, “Sobre “La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., p. 132.

³⁵⁷ A. PINTORE, “Derechos insaciables” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., p. 264.

³⁵⁸ L. FERRAJOLI y J. RUIZ MANERO, “Dos modelos de Teoría del Derecho y de constitucionalismo”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo...*, cit., p. 59.

el Derecho del Estado constitucional. Ya se dijo también que la finalidad de la segunda parte de esta investigación es mostrar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor explicación de este tipo de sistema jurídico. Y señalé que por ello no convenía aportar aquí alguna consideración. Sin embargo, si como creo el Derecho del Estado constitucional no es un nuevo paradigma como piensa Ferrajoli, su teoría se vería seriamente comprometida, y esta sería una razón para sostener que el positivismo jurídico hartiano es una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, porque este no parte, como creo que lo hace Ferrajoli, de un error.

Como ya se dijo, por otro lado, Ferrajoli propone algunas alteraciones al positivismo jurídico. En el plano de la Teoría del Derecho como se vio sostiene la tesis de la disociación entre vigencia y validez que, por las razones apuntadas, creo que parte de premisas discutibles, y además poco aporta a la Teoría del Derecho. Asimismo, en el plano de la Teoría Política, como señalé, Ferrajoli sostiene la tesis de la democracia sustancial, que a mi forma de ver las cosas escapa del ámbito de la Teoría del Derecho. Y en relación con las alteraciones propuestas en los planos de la teoría de la interpretación y aplicación del Derecho, así como en el de la metateoría del Derecho, es decir, las tesis del papel crítico que Ferrajoli asigna a jueces y juristas, en mi opinión, tampoco aportan mucho a la Teoría del Derecho. Ya se dijo que este papel crítico que Ferrajoli asigna al juez no es otro más que ser garante de los derechos de los ciudadanos. Lo que se traduce como se vio, por una parte, en que sólo aplique leyes válidas y, por otra, en que resuelva las lagunas y antinomias presentes en el sistema jurídico. Digo que este papel que Ferrajoli asigna al juez poco aporta a la Teoría del Derecho, porque no encuentro razones para pensar que el juez actúa de otra forma. El juez tiene la obligación de resolver todo caso que se someta a su conocimiento. Se trata como veremos en el capítulo sexto de la prohibición del *non liquet*. Garantizar derechos y remediar lagunas y antinomias son tareas que el juez debe llevar a cabo al resolver un caso. Si esto es así, no veo qué aporta una teoría que le diga que este es su papel. Por otro lado, en relación con la obligación que Ferrajoli asigna al juez de aplicar sólo leyes válidas, creo que esta idea sólo tendría sentido en sistemas jurídicos en que el control de constitucionalidad fuera difuso, puesto que, en caso contrario, es decir, si dicho control estuviera asignado de forma centralizada a un órgano en concreto, el juez no podría dejar de aplicar una ley, aunque en su opinión fuera inválida. Recuérdese que Ferrajoli asigna también este papel crítico a los juristas, pero aquí tampoco encuentro una aportación, pues si bien es cierto que el papel del jurista

depende de la comprensión de la Teoría del Derecho que tengamos, no lo es menos que no encuentro razón alguna para negar que el jurista identifica Derecho inválido y propone soluciones frente a las lagunas y antinomias presentes en el sistema jurídico. Dicho de otra forma, no veo qué aporta una teoría, como la de Ferrajoli, que se limita a decir al jurista que este es su papel. Lo interesante quizás sería que la teoría le dijera cómo hacerlo. Las objeciones a la obra de Ferrajoli hasta aquí apuntadas, creo que no son aplicables al positivismo jurídico hartiano, y de este modo en mi opinión el positivismo crítico de Ferrajoli no representa una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Esta es una de las conclusiones del presente apartado. Aunque como ya se dijo, aquí también es posible concluir que la teoría de Ferrajoli no es una variedad de positivismo jurídico incluyente. Digo esto porque si los valores, principios y derechos fundamentales se incorporan en la Constitución a través de los cauces de producción normativa, y no por su verdad o corrección moral, aquellos no son moral sino Derecho, y de este modo conforme a la teoría de Ferrajoli, la determinación de la validez jurídica no implicaría un argumento moral, como creo que lo sostiene la versión incluyente.

Efectivamente, una de las conclusiones de este capítulo es que el positivismo jurídico incluyente viene a decir que la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral. Así, recuérdese cómo Coleman sostiene que la regla de reconocimiento puede especificar a la moral como una condición de legalidad o bien, cómo Waluchow defiende que las pautas de moral política pueden jugar un papel en la empresa de determinar la existencia, contenido y significado de leyes válidas. Pero, a este respecto, creo que también es posible concluir que cuando Coleman habla de moral y Waluchow de moral política no quieren decir otra cosa más que moral objetiva³⁵⁹. Y de este modo lejos de responder a la crítica de Dworkin, que no debe perderse de vista es el origen de la versión incluyente, se acercan a su teoría (y al iusnaturalismo), aunque tanto Coleman como Waluchow insistan en que, si bien es cierto que la moral puede jugar un papel en la determinación de la validez, no es necesario que lo haga. Digo que este planteamiento no es suficiente para responder la crítica de Dworkin, porque afirmar como creo que lo hacen Coleman y Waluchow que estamos hablando de moral objetiva compromete seriamente la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, y si

³⁵⁹ F.M. MORA SIFUENTES, “Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 1-14, en especial p. 14.

esta es una idea característica de todo positivismo jurídico, la versión incluyente no es positivismo.

Si, como se acaba de decir, el positivismo jurídico incluyente sostiene que la determinación de la validez jurídica puede implicar un argumento moral (objetivo), creo que otra conclusión de este capítulo es que las variedades de esta versión incluyente no son, en comparación con el positivismo jurídico hartiano, una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Esto es así, primero, porque como ya dije en mi opinión estos planteamientos no son positivismo jurídico, y segundo, porque si como advirtió Hart, los hechos morales objetivos no existen, entonces el juez ejerce discreción y crea Derecho. Pero, por otro lado, si la versión incluyente defiende la moral objetiva como creo que lo hace, otra conclusión es que el positivismo corregido de Peces-Barba y el positivismo crítico de Ferrajoli no son variedades de positivismo jurídico incluyente. Digo esto porque, como ya se avanzó, si la ética pública de la modernidad (Peces-Barba) o los valores, principios y derechos fundamentales (Ferrajoli) se incorporan en la Constitución a través de los cauces de producción normativa, y no por su verdad o corrección moral, aquellos no son moral sino Derecho, o visto de otra forma, aunque concediéramos que son moral, la cuestión es que no limitan la validez hasta que se incorporan en el Derecho, y de este modo, conforme a las teorías de Peces-Barba y Ferrajoli, la determinación de la validez jurídica no implicaría un argumento moral.

Recuérdese que el objeto de este capítulo fue formular un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, a partir de la exposición de algunas variedades de positivismo jurídico incluyente. No se pierda de vista que, en el capítulo anterior, señalé que cuando Hart concede que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido, no se refiere con ello a la moral objetiva. Apunté también que Hart deja abierta la cuestión sobre la existencia de los hechos morales objetivos, pero sostiene, por una parte, que la Teoría del Derecho no debe comprometerse con teorías filosóficas controvertidas como las que sostienen la moral objetiva y, por otra, Hart advierte que, si no existieran tales hechos, el juez ejerce discreción y crea Derecho. Creo que esta última idea explica por qué rechazar teorías como las de Coleman y Waluchow como una mejor comprensión de la Teoría del Derecho. Y, por otro lado, considero que es posible rechazar posturas como las de Peces-Barba y Ferrajoli. Digo esto último porque las objeciones mostradas a cada una de estas posturas me permiten concluir que, en

comparación con el positivismo jurídico hartiano, poco aportan a la Teoría del Derecho. De este modo es posible sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión incluyente, porque, por una parte, si los hechos morales objetivos no existen, el juez ejerce discreción y crea Derecho, perdiendo así fuerza posturas como las de Coleman y Waluchow y, por otra, fuera ya de la versión incluyente, creo que hay razones para defender que teorías como las de Peces-Barba y Ferrajoli poco aportan a la Teoría del Derecho. Lo interesante ahora es mostrar si, en efecto, el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión excluyente.

CAPÍTULO III

El positivismo jurídico después de Hart (II): la versión excluyente

El objeto de este capítulo es mostrar si el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión excluyente. Sobre el origen del positivismo jurídico excluyente se ha sostenido que es una reacción a las críticas de Dworkin al positivismo jurídico¹ o bien, que se trata de una respuesta al *Postscript* de Hart². En mi opinión, el positivismo jurídico excluyente se formula a manera de reacción frente al positivismo jurídico incluyente. Por ello, creo que la versión excluyente, a diferencia de la incluyente³, viene a decir que la determinación de la validez jurídica es independiente de un argumento moral.

Dicho de otra forma, “la existencia y contenido de una norma jurídica es solamente una función de puros hechos sociales, de si tiene una apropiada fuente en la legislación, la jurisprudencia o la costumbre. Para el positivismo excluyente, la corrección moral de una norma nunca puede constituir un criterio de legalidad”⁴. Este planteamiento parte “de rechazar de plano la posibilidad de que la moral sea fuente del Derecho”⁵. Y de esta manera, se dice que “la regla de reconocimiento de un sistema *no puede* incluir estándares morales”⁶. Esto último se explica, quizás, porque se ha dicho que “las razones de los positivistas [excluyentes] dependen de la asunción de una tesis escéptica en materia ética: dado que no hay objetividad en moral, la remisión a pautas morales remite siempre

¹ A. RÓDENAS, “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 26, 1989, pp. 5-74, en especial p. 7.

² P. RIVAS, “La interpretación del Derecho en el positivismo ético contemporáneo”, *Isegoría*, núm. 35, 2006, pp. 73-87, en especial p. 73.

³ Sobre las diferencias entre las versiones incluyente y excluyente, véanse M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 7-28, en especial p. 15; J.L. COLEMAN, “Beyond Inclusive Legal Positivism”, *Ratio Juris*, núm. 3, 2009, pp. 359-394, en especial pp. 366 y 367; M. LA TORRE, “Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente”” (2006), trad. de F.M. Mora Sifuentes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 30, 2013, pp. 7-30, en especial p. 8 (M. LA TORRE, “Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente””, *Ratio Juris*, núm. 2, 2006, pp. 197-216); A. MARMOR, “Exclusive Legal Positivism”, en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 49-70, en especial pp. 49 y 55; y C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart: Abogado del positivismo jurídico* (1995), Eunsa, Pamplona, 1997, p. 398.

⁴ C. ORUNESU, “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente”, *Análisis Filosófico*, núm. 1, 2007, pp. 23-46, en especial p. 26.

⁵ R. ESCUDERO ALDAY, “De la constitucionalización a la indeterminación: Retos y desafíos del positivismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 395-415, en especial p. 403.

⁶ A. RÓDENAS, *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, cit., p. 59.

a las preferencias de los órganos de aplicación”⁷. A la manera de la versión incluyente, es posible distinguir entre variedades de positivismo excluyente. Comenzaré por prestar atención a algunos aspectos de la teoría de quien ha sido considerado su representante, J. Raz⁸ (1), aunque no es el único, pues otros autores⁹ también han sostenido variedades de la versión excluyente. Después me ocuparé del positivismo ético (2).

1. La variedad de positivismo jurídico excluyente de J. Raz

En este apartado me concentraré en una serie de artículos de Raz, reunidos en una de sus principales obras, *The Authority of Law*¹⁰. Para Raz, la tarea principal de la Filosofía del Derecho es explicar la doble naturaleza del Derecho. Esto es, según Raz, el Derecho es un hecho social, así como un orden normativo¹¹. En el capítulo tercero¹² de *The Authority of Law*, dice Raz, “se explican las razones para rechazar cualquier [T]eoría del [D]erecho que asuma que la determinación de la validez jurídica de cualquier pauta de conducta implica un argumento moral”¹³. Esta es una afirmación importante en la teoría de Raz. Primero, porque como veremos se trata de la idea central de su variedad de

⁷ J.J. MORESO MATEOS, “A brilliant disguise: Entre fuentes y lagunas”, en VV.AA., *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 185-203, en especial p. 189.

⁸ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, cit., p. 15; E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, p. 75; *Id.*, “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en VV.AA., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, pp. 9-26, en especial p. 20; Y. CARRILLO DE LA ROSA, “El concepto y la validez del Derecho en la teoría jurídica y el neo-(o nuevo) constitucionalismo”, *Verba Iuris*, núm. 28, 2012, pp. 19-30, en especial p. 25; L.L. HIERRO, “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 5-92, en especial p. 57; R.M. JIMÉNEZ CANO, “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *Isonomía*, núm. 39, 2013, pp. 83-126, en especial p. 99; J.J. MORESO MATEOS, “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *Pensar en Derecho*, s.n., 2012, pp. 291-305, en especial p. 297 (J.J. MORESO MATEOS, “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, conferencia del 10 de septiembre de 2012 en el marco del Ciclo de Conferencias Carlos Santiago Nino organizadas por la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la UBA); y J. RUIZ MANERO, “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, en VV.AA., *Lagunas en el Derecho...*, cit., pp. 103-126, en especial p. 112.

⁹ E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, cit., p. 129; y A. MARMOR, “Exclusive Legal Positivism”, en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, cit., p. 49.

¹⁰ J. RAZ, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985 (J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979).

¹¹ J. RAZ, “Prefacio a la edición española” (1981), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 5.

¹² J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 55-73.

¹³ J. RAZ, “Prefacio a la edición inglesa”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 7-13, en especial p. 9.

positivismo jurídico excluyente. Y segundo, porque esta afirmación muestra, como ya se apuntó hablando del positivismo jurídico excluyente en general, que en el caso de Raz es claro que formula su teoría a manera de reacción frente al positivismo jurídico incluyente.

Sobre el rechazo de Raz a la versión incluyente, quizás convenga avanzar que para él esta sostiene la tesis de la incorporación. Pero, según Raz, esta tesis no es plausible. En sus palabras: “[l]a tesis de la incorporación reivindica que los estándares morales se transforman en Derecho simplemente a causa de su incorporación. Parece que carece de recursos para distinguir entre Derecho que nos obliga a nosotros y a los tribunales a seguir alguna ley extranjera o a obedecer las normas de alguna asociación, por ejemplo, y la incorporación de la moral. De hecho, tiene una dificultad especial con esto último, porque la moral se aplica en cualquier caso, en tanto que la tesis de la incorporación sugiere que se aplica sólo si está incorporada [...] Nada de esto *demuestra* que la tesis de la incorporación sea falsa; pero plantea serias dudas sobre ella, dudas que sus partidarios todavía no han aclarado satisfactoriamente”¹⁴. No es necesario, sin embargo, desarrollar aquí estas ideas, porque volveré sobre ellas más adelante. En cambio, conviene avanzar sobre la exposición de la variedad de positivismo jurídico excluyente de Raz. Para ello, en primer lugar, prestaré atención a la tesis de las fuentes.

1.1.La tesis de las fuentes

Para Raz, la tesis más importante que identifica el Derecho según el positivismo jurídico es la tesis social. Raz, sin embargo, distingue entre una versión débil y una versión fuerte de la tesis social. A esta última, es decir, la versión fuerte de la tesis social, Raz la llama la tesis de las fuentes, y este es a mi forma de ver las cosas el núcleo de su teoría. Por ello, como ya señalé, primero es necesario prestar atención a esta tesis. Este es el objeto del presente subapartado. La forma de explicar el positivismo jurídico, según Raz, es a partir de tres tesis que han sido sostenidas sobre este planteamiento del Derecho. Estas corresponden, a su vez, a tres áreas sobre las que se ha discutido en Filosofía del Derecho. Raz se refiere a cómo identificar el Derecho, el valor moral del Derecho, y el

¹⁴ J. RAZ, “La incorporación por el Derecho” (2004), trad. de R. Ruiz Ruiz y R.M. Jiménez Cano, *Derechos y Libertades*, núm. 10, 2007, pp. 17-40, en especial pp. 39 y 40 (J. RAZ, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, núm. 10, 2004, pp. 1-17).

significado de sus términos. Las tesis que explican el Derecho sostenidas por el positivismo jurídico son, para Raz, la tesis social, la tesis moral, y la tesis semántica. La tesis social viene a decir que “lo que es y lo que no es [D]erecho es una cuestión de hechos sociales”¹⁵. La tesis moral, por su parte, según Raz, afirma que “el valor moral del [D]erecho [...] o el mérito moral que éste tenga es una cuestión contingente que depende del contenido del [D]erecho y de circunstancias de la sociedad a la cual se aplica”¹⁶. O, dicho de otra forma, se ha sostenido que esta tesis “arguye que el valor moral de una disposición jurídica particular o del orden jurídico como un todo es una cuestión contingente que depende del contenido del Derecho de una determinada sociedad”¹⁷. Y por último, la tesis semántica, que “puede ser identificada como siendo compartida por la mayoría de los autores positivistas”¹⁸, es en realidad una tesis negativa que, en palabras de Raz, sostiene que “términos como “derechos” y “deberes” no pueden ser usados con el mismo significado en el contexto jurídico y en el contexto moral”¹⁹.

La más importante de estas tres afirmaciones es la tesis social²⁰. A ella, además, obedece el nombre de “positivismo”, que señala que el Derecho es puesto, creado por seres humanos. Se dice que la tesis social requiere de las tesis moral y semántica. Pero esto, dice Raz, es un error. Pues las tesis moral y semántica no se siguen de la tesis social. La tesis moral no se sigue de la tesis social porque, según Raz: “[l]a afirmación de que lo que es y no es [D]erecho es puramente una cuestión de hechos sociales, deja abierta la cuestión de si los hechos sociales, por los cuales identificamos el [D]erecho o determinamos su existencia, le proporcionan valor moral. Si lo hacen, queda abierta todavía la cuestión de si, dada la naturaleza humana y las condiciones generales de la existencia humana, todo orden jurídico que es, de hecho, el [D]erecho efectivo de alguna sociedad, debe conformarse, por necesidad, a algunos valores e ideas morales”²¹. Y en relación con la tesis semántica, para Raz, “todo lo que el positivista tiene razón de sostener es que el uso del lenguaje normativo que describe el [D]erecho no siempre lleva la

¹⁵ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 55.

¹⁶ *Ídem.*, p. 56.

¹⁷ S. STOLZ da SILVEIRA, “El positivismo jurídico exclusivo: Una introducción a la teoría de Joseph Raz”, *Revista Jurídica*, núm. 23, 2008, pp. 25-43, en especial p. 30.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 56.

²⁰ Sobre la tesis social, véase S. STOLZ da SILVEIRA, *El positivismo jurídico exclusivo...*, cit., p. 29.

²¹ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 57.

implicación de que el que habla avale el [D]erecho descrito como obligatorio. Puesto de manera más precisa, esto significa que el lenguaje normativo cuando es usado para enunciar el [D]erecho no siempre lleva su fuerza normativa completa. En cuanto a esto, aun el no-positivista puede estar de acuerdo. Esto no justifica la opinión de que términos como derechos y deberes sean usados con un significado diferente en los contextos jurídico y moral”²². No es, sin embargo, el propósito de Raz, desarrollar tales argumentos. Se mencionan para mostrar que la variedad de positivismo jurídico excluyente que va a defender es “moderada”, esto es, que no necesita entrar en conflicto con el iusnaturalismo sobre el análisis semántico o bien, la relación entre Derecho y moral. De este modo, la teoría de Raz es compatible con las siguientes afirmaciones comúnmente asociadas con el iusnaturalismo: “a) “Un deber jurídico” significa un deber que se tiene porque el [D]erecho requiere la realización de tal acción [...] b) Existe una conexión necesaria entre el [D]erecho y la moral social (*i.e.* la moral respaldada y practicada por la población) [...] [y] c) La pretensión de autoridad de todo orden jurídico es justificada”²³.

Estas afirmaciones, sin necesidad de entrar ahora a la cuestión de si son verdaderas, son admitidas, como ya se dijo, por la teoría de Raz y, en concreto, por la tesis social. Esta, dice Raz, es la “espina dorsal” de su variedad de positivismo jurídico excluyente. La tesis social no es una tesis de “primer orden”, sino “un límite en cuanto a qué tipo de [T]eoría del [D]erecho es una teoría aceptable –más específicamente- es una tesis sobre algunas propiedades generales de cualquier criterio (*test*) aceptable sobre la existencia e identidad de los órdenes jurídicos”²⁴. Es posible, según Raz, distinguir entre una versión débil y una versión fuerte de la tesis social. Esta, en ambas versiones, presenta algunas implicaciones, pero creo que siguiendo la exposición de Raz, conviene avanzar que la versión fuerte de la tesis social viene a decir que “una [T]eoría del [D]erecho es aceptable únicamente cuando sus criterios (*test*) para identificar el contenido del [D]erecho y determinar su existencia dependen exclusivamente de hechos de conducta humana susceptibles de ser descritos en términos valorativamente neutros y cuando es aplicada sin recurrir a argumentos morales”²⁵. Como se acaba de decir, la tesis social tiene varias implicaciones. Primera, que la Teoría del Derecho contiene criterios para determinar la existencia e identificar el contenido del Derecho. Segunda, que existe un

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ídem.*, p. 58.

²⁵ *Ibidem*.

vocabulario de términos valorativamente neutros. Tercera, que no es necesario dejar de lado las intenciones, motivaciones y opiniones morales, pues neutralidad valorativa no quiere decir conductismo. Y cuarta, según Raz, “es conveniente hacer notar que la tesis social puede ser dividida en dos: (1) Una condición social es necesaria para identificar la existencia y contenido del [D]erecho. Una disposición es una disposición jurídica sólo si satisface una condición social. (2) Una condición social es suficiente para identificar la existencia y contenido del [D]erecho. Una disposición es una disposición jurídica si satisface la condición social”²⁶. Además de estas implicaciones es preciso advertir, según Raz, que la justificación de la tesis social es que traduce correctamente el significado de “Derecho”, así como de los términos relacionados con él en el lenguaje ordinario. Asimismo, debe tenerse presente que esta tesis separa con claridad entre descripción y evaluación del Derecho, eliminando así, de acuerdo con Raz, los “prejuicios del investigador”. De este modo, dice Raz, es claro que existen varias razones para aceptar la tesis social. No obstante, continúa Raz, la principal justificación de esta tesis es que explica el carácter del Derecho como institución social. A ello me referiré más adelante. Aquí conviene apuntar que el carácter institucional del Derecho sólo es uno de los elementos que, para Raz, conforman el criterio de existencia e identidad de un sistema jurídico.

En efecto, según Raz, este criterio tiene tres elementos. Se trata de la eficacia, el carácter institucional, y las fuentes. En relación con el primer elemento, esto es, la eficacia, Raz señala que: “[e]s suficiente que todos convengan que un orden jurídico no es el [D]erecho vigente en una cierta comunidad, salvo que sea respaldado, aceptado o interiorizado por, al menos, ciertos sectores de la población. Esta condición está destinada simplemente a asegurar que el [D]erecho al cual nos referimos es, efectivamente, el [D]erecho de una sociedad dada y no un orden jurídico difunto o uno al cual se aspira”²⁷. Esta condición de la eficacia nos permite distinguir entre Derecho efectivo y Derecho no efectivo, pero no entre sistemas jurídicos y sistemas no jurídicos. Esta condición, según Raz, también se aplica a la moral social. La moral social de una comunidad es aquella que es aceptada por la población. La condición de la eficacia no define la naturaleza de la moral, sino que únicamente nos permite distinguir entre moral efectiva y moral no efectiva. La condición de la eficacia no es como ya se dijo el único elemento del criterio

²⁶ Ídem., p. 59.

²⁷ Ídem., p. 62.

de existencia e identidad de un sistema jurídico, pues lo es también el carácter institucional del Derecho.

Sin embargo, antes de avanzar sobre el carácter institucional del Derecho según la teoría de Raz, creo que conviene responder primero ¿qué es una institución? Para ello, a mi forma de ver las cosas, la mejor manera es referirme a continuación a algunos aspectos de la teoría institucional del Derecho. De este modo, quizás lo primero que convenga advertir es que un primer tipo de teoría es aquella que distingue como elemento característico del Derecho a la normatividad. Otras teorías que explican los elementos característicos del Derecho son, por ejemplo, la teoría del Derecho como institución y la teoría del Derecho como relación. En este sentido, se ha sostenido que: “[h]ay que notar que la teoría de la institución surgió como crítica no sólo de la teoría normativa [...] sino también de la teoría de la relación intersubjetiva. Según los autores del institucionalismo [...] una pura y simple relación entre dos sujetos no puede constituir [D]erecho, para que surja el [D]erecho es necesario que esta relación se inserte en una serie más vasta y compleja de relaciones que constituyen, precisamente, la institución. Dos personas aisladas que se encuentran sólo para establecer entre sí la reglamentación de algunos de sus intereses, no son suficientes para dar vida al [D]erecho; el [D]erecho nacerá sólo cuando esta reglamentación llegue a ser estable, y dará origen a una organización permanente de la actividad de los dos individuos”²⁸. Se dice que la teoría institucional del Derecho surge como reacción frente a la teoría normativa, porque el institucionalismo viene a afirmar que “no basta que existan reglas de conducta que dirijan la conducta de los asociados, pues es necesaria una organización, fundada en reglas, del grupo mismo mediante la determinación de los fines, medios y órganos del grupo”²⁹.

El problema, sin embargo, es elucidar el término “institución”. Digo esto porque no existe consenso a este respecto. Esto es así, quizás por “la complicación intrínseca del concepto de institución [...] [pues] la delimitación y la clarificación de dicho concepto plantea importantes problemas”³⁰. ¿Qué es una institución? K. Loewenstein, por ejemplo, afirma que: “[l]as instituciones son dispositivos organizadores montados para la

²⁸ N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho* (1958-1960), trad. de J. Guerrero R., Temis, 3ª ed., Bogotá, 2012, pp. 3-140, en especial p. 14.

²⁹ *Ídem.*, p. 113.

³⁰ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Introducción”, a *Id.*, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista: (Una aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 11-22, en especial p. 16.

realización de las funciones que les están asignadas”³¹. N. Bobbio, por su parte, explica “que un grupo se organiza cuando pasa de la fase de la sanción incontrolada a la de la sanción controlada; y usualmente se llama grupo jurídico, ordenamiento jurídico, con una palabra que implica “institución” a un grupo de sanciones institucionalizadas”³². En otra obra³³, Bobbio reitera que la idea de institución se identifica con la de grupo social organizado. La teoría en cuestión recibe el nombre de “institucional”, según Bobbio, “porque su tesis principal es que hay ordenamiento jurídico dondequiera que haya una institución o sea un grupo social organizado”³⁴. El problema, como ya se dijo, es elucidar el término “institución”. Para ello, creo que será interesante referirme a continuación al que ha sido considerado como “institucionalismo *clásico* o *antiguo*”³⁵, representado por quien fue uno de los primeros autores que sostuvo la teoría institucional del Derecho. Me refiero a S. Romano y su obra, *L’ordinamento giuridico*³⁶.

Romano formula su teoría institucional del Derecho a manera de reacción frente a las teorías normativas y relacionales, aunque debe tenerse presente “el carácter básicamente positivista de la doctrina desarrollada por Romano”³⁷. En *L’ordinamento giuridico* se ha dicho que, en efecto, Romano ofrece “ni más ni menos que una formulación del concepto de Derecho [...] en la que como idea central se asume la intención de reaccionar, decidida y radicalmente, contra aquella concepción que lo concibe exclusivamente en su sentido normativo y relacional”³⁸. Digo que Romano es uno de los representantes de la teoría institucional del Derecho pues no debe perderse de vista que “la idea matriz a la que, en última instancia, reduce Santi Romano el concepto de [D]erecho objetivo, no es otra que la de ordenamiento jurídico. Ordenamiento jurídico,

³¹ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (1957), trad. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1976, p. 52 (K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957).

³² N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 113.

³³ N. BOBBIO, “Teoría del ordenamiento jurídico” (1960), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 143-265.

³⁴ *Ídem.*, p. 249.

³⁵ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Introducción”, a *Id.*, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 18.

³⁶ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico* (1917-1918), trad. de S. Martín-Retortillo Baquer y L. Martín-Retortillo Baquer, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963 (S. ROMANO, *L’ordinamento giuridico*, reimpresión de la segunda edición italiana, Editorial Sansoni, Firenze, 1951, Colección <I classici del diritto>).

³⁷ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 26.

³⁸ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Estudio Preliminar”, “La doctrina del ordenamiento jurídico, de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo”, en S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit., pp. 9-77, en especial pp. 11 y 12.

sinónimo de institución, resaltándose así, fundamentalmente, el carácter esencialmente organizativo que aquél presenta. En la organización radica la esencia última de lo jurídico”³⁹. El Derecho es para Romano un ordenamiento jurídico. Y la idea básica es la de “institución”⁴⁰ como veremos a continuación.

Romano afirma que toda definición que se ha intentado del Derecho lo reduce a una regla de conducta. El objeto de su obra es mostrar que esta tesis es insuficiente. Pero como señala Ansuátegui: “[e]s importante subrayar que el planteamiento de Romano no consiste en negar absolutamente la importancia o la funcionalidad de las reglas de conducta, de las normas, en el Derecho. En efecto, no se niega que el Derecho esté compuesto por normas, pero se especifica que está compuesto *no sólo* por normas”⁴¹. Por ello, como se acaba de decir, para Romano la teoría normativa del Derecho es insuficiente, pero no falsa. Después de formular algunas objeciones a esta teoría, que no es necesario reproducir aquí, Romano señala que para superar tal insuficiencia es necesario reconocer que el concepto de Derecho tiene algunos elementos. En primer lugar, su relación con el concepto de sociedad. Aunque, en la teoría de Romano, siguiendo a Ansuátegui, “conviene aclarar que cuando se alude al concepto de sociedad no se está haciendo referencia a cualquier tipo de complejo constituido a partir de relaciones intersubjetivas. Por el contrario la noción de sociedad, en este contexto concreto, se refiere a un ente, dotado de unidad, que supera y trasciende a las diversas individualidades que la componen”⁴². El segundo elemento del concepto de Derecho, según Romano, es que debe contener la idea de orden social. Y en relación con el tercer elemento, Romano sostiene “que el [D]erecho antes que ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales, es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el [D]erecho constituye una unidad, como ente con sustantividad propia”⁴³. Sobre esta idea de Romano de que el Derecho debe ser visto como un todo, Ansuátegui advierte que: “[l]a consecuencia es, y así lo constata el propio autor [Romano] que el conjunto, en su configuración y sentido, adquiere cierta independencia o autonomía respecto a las partes que lo integran, es decir, respecto a las normas, ya que las variaciones de éstas no afectan a la expresión

³⁹ Ídem., p. 17.

⁴⁰ Ídem., pp. 29 y 43.

⁴¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 35.

⁴² Ídem., pp. 37 y 38.

⁴³ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 113.

fundamental de aquel”⁴⁴. Como se acaba de decir, para Romano el concepto de Derecho tiene ciertos elementos. Efectivamente, como nos recuerda Bobbio, “para Romano los elementos constitutivos del concepto de [D]erecho son tres: la *sociedad*, como base de hecho de donde deriva su existencia el [D]erecho; el *orden*, como fin al cual tiende el [D]erecho y la *organización*, como medio para realizar el orden. Se puede decir, en síntesis, que según Romano existe [D]erecho cuando hay una *organización de una sociedad ordenada*, o también, con palabras análogas, una *sociedad ordenada por medio de una organización* o de un *orden social organizado*. Esta sociedad organizada y ordenada es lo que Romano llama *institución*”⁴⁵.

De este modo, para Romano, el concepto de Derecho que le parece más adecuado es el concepto de institución. Así, en sus palabras: “[c]ada ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un ordenamiento jurídico”⁴⁶. Según Romano, el Derecho en sentido objetivo tiene un doble significado: “a) Un ordenamiento en su totalidad y unidad, esto es, una institución; b) Un precepto o un conjunto de preceptos, sean normas o disposiciones particulares, diversamente reagrupados y sistematizados que, para distinguirlos de aquellos otros no jurídicos, calificamos de institucionales, evidenciando así la conexión que tienen con el ordenamiento entero, esto es, con la institución de la que son elementos integrantes, conexión que es al mismo tiempo necesaria y suficiente para atribuirles su carácter jurídico”⁴⁷. Dicho esto conviene ahora, según Romano, referirse al primer significado de Derecho, esto es, como institución.

En lenguaje ordinario, reseña Romano, se usa el término “institución” en un sentido amplio. En lenguaje jurídico, en cambio, institución se usa para distinguir aquello diferente de una corporación. En el ámbito del Derecho privado, se habla así de personas morales. Dicho de otra forma, generalmente se ha considerado que una institución es una persona moral. Pero no es este el único concepto de institución que sigue Romano. En primer lugar, Romano advierte “que entre el concepto de institución y el de ordenamiento jurídico, considerado unitaria y globalmente, existe una perfecta identidad”⁴⁸. La

⁴⁴ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 36.

⁴⁵ N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 8.

⁴⁶ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 113.

⁴⁷ *Ídem.*, pp. 113 y 114.

⁴⁸ *Ídem.*, p. 120.

institución es para Romano un ordenamiento jurídico objetivo. Sin embargo, más adelante, Romano precisa que: “[e]ntendemos por institución todo ente o cuerpo social”⁴⁹. Este, dice Romano, debe tener una existencia objetiva. Se trata de un sentido propio de institución. Es además una manifestación de la naturaleza social, que puede tratarse de un conjunto de individuos o no, y en todo caso tiene una individualidad propia. Las instituciones, por otra parte, pueden ser simples o complejas o bien, perfectas o imperfectas. Y además dice Romano la institución es una unidad permanente, esto es, no pierde identidad a pesar del cambio de sus elementos. Hasta aquí las notas fundamentales de una institución. Pero si nos preguntamos ahora por su esencia o naturaleza, la respuesta está en la idea de “organización”. Pues, no debe perderse de vista que la institución es una organización social. Esta idea, sin embargo, advierte Romano debe ser expresada en términos jurídicos. Por ello, señala que “la institución es un ordenamiento jurídico, una unidad independiente de [D]erecho objetivo, más o menos completa”⁵⁰. De este modo, para Romano, la institución es la manifestación del Derecho. De hecho, conviene insistir en que: “[l]a institución [...] es el [D]erecho objetivo, y es [D]erecho objetivo porque es un ente, es un cuerpo social que tiene una realidad efectiva y concreta en el mundo jurídico”⁵¹ como, por otro lado, también lo es el Estado.

Efectivamente, para Romano, “el Estado es siempre y sobre todo un régimen, un ordenamiento jurídico, una institución de la que el monarca, los súbditos, el territorio y las leyes no son sino sus elementos”⁵². El Estado es para Romano una institución. G. Jellinek comparte esta idea. En efecto, según Jellinek, “el Estado es, de un lado, una construcción social, y de otro, una institución jurídica”⁵³. Pero instituciones además del Derecho y el Estado, para Romano, lo son también la familia o bien, una persona jurídica. C. Schmitt, por su parte, coincide con Romano en que la familia es una institución. En palabras de Schmitt: “[d]entro del Estado no pueden darse derechos fundamentales de una *comunidad*, natural u organizada; en estos llamados derechos fundamentales hay una garantía institucional. La familia como tal no tiene ningún derecho fundamental en sentido auténtico, y menos sus miembros como tales. Sólo puede ser constitucionalmente protegida como institución. Lo mismo ocurre con municipios o asociaciones de

⁴⁹ Ídem., p. 122.

⁵⁰ Ídem., p. 130.

⁵¹ Ídem., p. 158.

⁵² Ídem., p. 164.

⁵³ G. JELLINEK, *Teoría General del Estado* (1911), trad. de F. de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., México, 2004, p. 61 (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., 1911).

municipios”⁵⁴. Como veremos más adelante para Romano los municipios son también instituciones. Pero quizás aquí lo interesante sea volver al Derecho y así apuntar que según Romano “existen tantos ordenamientos jurídicos como instituciones”⁵⁵. Y de este modo se explica, por otro lado, el principio de la pluralidad de ordenamientos jurídicos. Este principio parte del reconocimiento de que el Estado no es el único ordenamiento jurídico o, lo que es lo mismo, que no es la única institución. Aquí Romano llama nuestra atención, por ejemplo, sobre el Derecho internacional, esto es, “el ordenamiento de la comunidad internacional al que están subordinados los distintos Estados, aunque sólo sea de manera limitada”⁵⁶ o bien, respecto del ordenamiento de la Iglesia e “incluso los entes que son lícitos para el [D]erecho estatal, poseen a veces un ordenamiento jurídico propio, extraño a aquél, al menos directamente, y que permanece, o al menos debe permanecer, perfecto en sí mismo”⁵⁷. Estas instituciones, por otro lado, como ya se avanzó pueden distinguirse de varias formas.

Así, dice Romano, es posible hablar de instituciones originarias y derivadas o bien mixtas. Asimismo, se distingue entre instituciones con fines particulares de aquellas que se proponen fines generales. Como ya se dijo, existen también para Romano, por una parte, instituciones simples y complejas y, por otra, instituciones perfectas e imperfectas. Por otro lado, se habla de instituciones con o sin personalidad jurídica o bien, de instituciones independientes o dependientes una de otra. Esta dependencia obedece a la relevancia jurídica que presente un ordenamiento respecto de otro. Y según Romano “para que haya relevancia jurídica es necesario que, o la *existencia*, o el *contenido*, o la *eficacia* de un ordenamiento determinado, estén condicionados respecto de otro ordenamiento, y ello precisamente en base a un título jurídico”⁵⁸. Este responde al hecho de que un ordenamiento esté colocado en una posición de subordinación respecto de otro o bien, presuponerlo o estar coordinados o, en fin, porque un ordenamiento esté “trasvasado” en otro, esto es, que se establezca una relación de sucesión entre ellos. No es necesario, sin embargo, referirme aquí a la relevancia que un ordenamiento puede presentar respecto de otro en los casos concretos de su existencia, contenido o eficacia. Me interesa, en cambio, finalizar la exposición de algunos aspectos de la teoría de Romano insistiendo en que para

⁵⁴ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), s.t., Nacional, México, 1981, pp. 200 y 201 (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928).

⁵⁵ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 205.

⁵⁶ Ídem., p. 215.

⁵⁷ Ídem., p. 233.

⁵⁸ Ídem., p. 249.

él una institución es un ordenamiento jurídico. De este modo, como advierte Ansuátegui, en la teoría de Romano: “[e]s importante subrayar que el concepto de institución es básico para la comprensión de lo jurídico, de manera que el Derecho ([o]rdenamiento) es institución como conjunto; al mismo tiempo, el [o]rdenamiento también está compuesto de instituciones, o mejor dicho, de grupos de normas que se consideran institucionales a partir de la conexión que tienen con el signo institucional del conjunto”⁵⁹. Asimismo, creo que conviene reiterar que, para Romano, son instituciones, además de los ejemplos ya señalados, “los diversos órganos del Estado (las Cámaras, los Ministerios y, en general, cada una de sus distintas dependencias), y no sólo los órganos *strictu sensu*, sino también los llamados institutos estatales, como escuelas, museos, bibliotecas, establecimientos, etc.”⁶⁰ y, como ya se dijo, son también instituciones el Derecho y el Estado. Recuérdese que presté atención a la teoría institucional de Romano para responder a la pregunta ¿qué es una institución? Esto, a propósito del carácter institucional del Derecho que Raz defiende como uno de los elementos que conforman el criterio de existencia e identidad de los sistemas jurídicos. Romano, sin embargo, no es el único representante de la teoría institucional del Derecho, pues lo es también N. MacCormick. Por ello, en lo que sigue me referiré a algunos aspectos de su teoría. Aunque debo advertir que reservaré para el apartado siguiente dedicado al positivismo ético la cuestión de si la teoría de MacCormick es una variedad de ese planteamiento sobre el Derecho.

En *Institutions of Law*⁶¹, MacCormick presenta su versión de la teoría institucional del Derecho. Desde el Prefacio⁶² a esa obra, MacCormick avanza que: “[e]l [D]erecho como orden normativo institucional depende, por cierto, de costumbres humanas y de decisiones dotadas de autoridad y, en este sentido, es un fenómeno <puesto> o <positivo>. Como tal, es conceptualmente distinto de la moral, de acuerdo con cualquier teoría de la moral en la que el agente moral autónomo juegue un rol central en la determinación de las obligaciones morales. Esta diferenciación no implica, sin embargo, que no existan límites morales respecto de lo que es conceptualmente razonable reconocer como <[D]erecho> en el sentido de <orden normativo institucional>. Existen tales límites. En el extremo la injusticia es incompatible con el [D]erecho”⁶³. Pero a la tesis del

⁵⁹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 40.

⁶⁰ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 329.

⁶¹ N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho* (2007), trad. de F. Atria y S. Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011 (N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007).

⁶² N. MACCORMICK, “Prefacio”, a *Id.*, *Instituciones del Derecho*, cit., pp. 13-15.

⁶³ *Ídem.*, p. 13.

mínimo moral me referiré más adelante. Aquí, en cambio, creo que sólo conviene avanzar que para MacCormick el carácter institucional del Derecho es uno de los rasgos que nos permiten distinguir entre Derecho y moral. En efecto, en sus palabras: “[n]ormalmente resulta más fácil establecer lo que el [D]erecho exige respecto de un determinado caso que establecer lo que la moral exige. Esto se debe precisamente al carácter institucional del [D]erecho, creado y aplicado por agencias dotadas de autoridad. La moral se diferencia del [D]erecho primariamente en que es normativa pero no institucionalizada”⁶⁴. J. Habermas, por ejemplo, comparte esta opinión de MacCormick. Pero quizás lo primero que convenga advertir es que Habermas, al igual que MacCormick, sostiene que el Derecho es una institución. En sus palabras: “[e]l [D]erecho no sólo representa, como la moral postconvencional, una forma de saber cultural, sino que constituye a la vez un importante componente del sistema de instituciones sociales. El [D]erecho es ambas cosas a la vez: sistema de saber y sistema de acción. Puede entenderse como un texto de proposiciones e interpretaciones normativas, a la vez que como institución, es decir, como un complejo de regulaciones de la acción”⁶⁵. Y como se acaba de decir, Habermas, al igual que MacCormick, explica la diferencia entre Derecho y moral a partir del carácter institucional. Efectivamente, Habermas apunta que: “[p]ese al común punto de referencia la moral y el [D]erecho se distinguen *prima facie* en que la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el [D]erecho cobra a la vez obligatoriedad en el plano institucional. El [D]erecho no es sólo un sistema de símbolos, sino un sistema de acción”⁶⁶. No es mi propósito, sin embargo, desarrollar aquí la teoría de Habermas. En cambio, considero que conviene dar paso a la exposición de algunos aspectos de la teoría de MacCormick.

Pues bien, como se acaba de apuntar, *Institutions of Law*⁶⁷, en palabras de MacCormick, “es una exposición de la teoría institucional del [D]erecho. Esta teoría pretende desarrollar una mejor comprensión del [D]erecho que la que ofrecen otras teorías del [D]erecho contemporáneas. Su punto de partida es una definición del [D]erecho: el [D]erecho es un orden normativo institucional”⁶⁸. Pero no es el único. Efectivamente,

⁶⁴ N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, cit., p. 299.

⁶⁵ J. HABERMAS, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (1992), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2005, p. 145 (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 y 1994).

⁶⁶ Ídem., pp. 171 y 172.

⁶⁷ N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, cit.

⁶⁸ Ídem., p. 17.

según MacCormick: “[e]l [D]erecho es un orden normativo institucional y el [D]erecho del Estado contemporáneo es una forma de [D]erecho. Existen otras, como el [D]erecho internacional, el [D]erecho de nuevas formas político-jurídicas emergentes como la Unión Europea, el [D]erecho canónico, el [D]erecho musulmán [...] Todas tienen en común la pretensión de ordenar (en el sentido de <ordenación>, no de <mandato>). Un elaborado conjunto de patrones de comportamiento es visto como <vinculante> para todas las personas en el ámbito ordenado y el orden emerge entre quienes son sus destinatarios en la medida en que son capaces de ajustar su comportamiento a los patrones estipulados”⁶⁹. De este modo, creo que MacCormick, al igual que Romano, admite el principio de pluralidad de ordenamientos jurídicos. Pero a ello me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa continuar con la teoría de MacCormick.

Esta tiene como punto de partida la distinción entre hechos físicos y hechos institucionales. En efecto, según MacCormick: “[e]l mundo de los seres humanos es uno que incluye no sólo realidades y hechos puramente físicos, sino también hechos institucionales. A modo de una definición preliminar, éstos son hechos que dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo”⁷⁰. MacCormick cita como ejemplos una tarjeta de crédito o bien, un reloj y el dinero. En supuestos como estos, dice MacCormick: “[e]stamos tratando [...] con realidades sociales que son <institucionales> de principio a fin. Esto puede verificarse usando la definición provisional dada arriba y reflexionando sobre qué otra información necesitamos además de los hechos físicos, para poder apreciar el plástico como una tarjeta de crédito, el objeto de pulsera como un reloj, las piezas de metal como moneda circulante. En cada caso, es presupuesto un cuerpo formidable de reglas relacionadas con los créditos de consumo, estándares de medida del tiempo, o la definición de dinero y medios legales de pago en el contexto de los contratos y deudas. Sin esto, el objeto físico no tendría o perdería su significado actual. Lo que hace que estos objetos tengan el significado que tienen es su interpretación y su uso a la luz de las reglas relevantes. Esto nos lleva de algún modo a la idea preliminar de que los <hechos institucionales> son elementos omnipresentes e inherentes de la realidad social [...] Para quienes están interesados en el [D]erecho en el sentido del [D]erecho de un Estado contemporáneo, el <[D]erecho positivo nacional>, la idea de hechos institucionales se

⁶⁹ Ídem., p. 27.

⁷⁰ Ídem., pp. 27 y 28.

vincula fácilmente con la idea de que un elemento importante en tal [D]erecho es la existencia de <instituciones> como el contrato, la propiedad, el matrimonio, el *trust*, las fundaciones (*Stiftung*) y similares. También se conecta con la idea de que el [D]erecho es <institucional> en el sentido de que es administrado a través de <instituciones> como los tribunales, las legislaturas, el ministerio público, las fuerzas policiales y otras del mismo tipo”⁷¹. MacCormick advierte, por otro lado, que en Derecho el término “institución” significa también libro de texto.

Ya se dijo que para MacCormick el Derecho es un orden normativo institucional. Sin embargo, como señala el propio MacCormick: “[e]n el intento de aclarar nuestra comprensión del [D]erecho a través de la definición explicativa propuesta por la teoría institucional, es necesario clarificar tres nociones: la de lo <normativo>, la de <orden> y la de <institucionalidad>”⁷². En relación con la primera noción, esto es, con la de lo normativo, MacCormick propone como punto de partida para su explicación el ejemplo de una fila para obtener un servicio. En este caso, dice MacCormick, es claro que: “[a] pesar de la falta de una conformidad perfecta con la práctica, puede haber de hecho, como lo muestra la experiencia, una práctica satisfactoria e incluso un cierto tipo de institución socio-moral de hacer cola o esperar en fila [...] Tomar turnos o hacer colas es, por tanto, una práctica normativa. Pues ahí donde hay una cola para algo que uno quiere, uno debe tomar su turno en ella, y las personas que toman su turno en ella lo hacen porque en su opinión eso es lo que debe hacerse –es decir, lo que hay que hacer en el contexto dado-. Tal <deber> que sirve de guía para la acción indica la presencia de algún tipo de norma y el carácter normativo de las opiniones que las personas tienen en tales situaciones”⁷³. Estas pueden presentarse de forma espontánea o bien, estar sujetas a una norma. No es necesario, sin embargo, detenerse en la formulación de esta norma, sino continuar con la explicación de la segunda noción, esto es, la de orden. A este respecto, MacCormick sostiene que: “[h]acer cola o pararse en fila constituye además un ejemplo de <orden> en sentido material. La posición de las personas en una cola es ordenada, no aleatoria. El <orden> aquí es no sólo un patrón actual y predecible que puede ser estudiado <externamente> y descrito estadísticamente. Es un <orden normativo> porque, o en la medida en que, puede ser explicado haciendo referencia al hecho de que los actores están

⁷¹ Ídem., p. 28.

⁷² Ídem., p. 30.

⁷³ Ídem., p. 31.

usando como guía de conducta una opinión sobre lo que ellos y los otros deben hacer”⁷⁴. A partir de este ejemplo es posible afirmar, dice MacCormick, que: “[u]sando las reflexiones sobre las colas como base para una generalización, puede sugerirse con una confianza razonable que es posible el orden en los asuntos humanos en ciertos tiempos y lugares sobre algunas materias. Existe un orden cada vez que las personas se comportan en relación con otros sobre la base de una opinión que suponen recíproca sobre lo que es correcto hacer, en la medida en que se dé una suficiente comunidad (no perfecta identidad) en las opiniones que mantienen, y sobre las que actúan”⁷⁵. Se trata de que existan interpretaciones recíprocas de creencias normativas para que se dé un orden. Por ello, no es necesaria norma explícita alguna o alguien que actúe como autoridad. A estos supuestos, MacCormick les llama “prácticas normativas informales”, y el orden que de ellas deriva será un “orden normativo informal”.

El uso de normas para guiar estas prácticas, sin embargo, también puede ser formal y, en su caso, institucionalizado. De aquí la tercera noción, es decir, la de institucionalización. Lo que se quiere decir, según MacCormick, es “que existen muchos contextos en los que la práctica de hacer colas se realiza bajo la autoridad de algún tipo de administrador o director, de alguna persona con autoridad [...] [Aquí] [l]as normas por las cuales deben guiarse las personas que forman la fila no son meramente convencionales o implícitas, ni descansan simplemente (o quizás no lo hacen del todo) en expectativas y creencias recíprocas. Son normas explícitamente establecidas por quienes están a cargo de la provisión del servicio que se ofrece”⁷⁶. Generalmente en estos supuestos una persona con autoridad es capaz de tomar decisiones dictando o bien, aplicando reglas explícitas. Así, “[c]onforme a un uso común y comprensible se aplica la expresión <regla> particularmente al caso de una norma formalmente enunciada que ha sido dada por alguien que está en una posición de autoridad para decidir”⁷⁷. Con ello, se evita por ejemplo la presencia de normas implícitas “vagas”. Es importante distinguir como se vio entre hechos físicos y hechos institucionales, así como entre normas implícitas y normas explícitas. Pues de este modo se puede afirmar que: “[c]asos recurrentes de prácticas ordenadas atribuibles a las mismas o a normas genéricamente similares traen nombres, tales como <pararse en fila>, o <hacer cola> [...] De acuerdo a un uso común [...] todas

⁷⁴ Ídem., p. 33.

⁷⁵ Ídem., p. 35.

⁷⁶ Ídem., p. 40.

⁷⁷ Ídem., pp. 41 y 42.

éstas pueden ser consideradas <instituciones>, tal como los juicios sobre un caso de ellas son juicios de hechos institucionales”⁷⁸. Quizás a esta idea se refiere M. La Torre cuando señala que “las instituciones de una sociedad son constituidas por sus miembros por medio de una concepción normativa compartida”⁷⁹. Lo interesante, sin embargo, es que esta explicación sirve a MacCormick para mostrar que: “[e]l carácter constrictor de las colas, en tanto instituciones sociales organizadas, se ve replicado, de modo aún más claro, en el caso más formalizado de las instituciones que se insertan en la estructura del [D]erecho positivo nacional, el [D]erecho estatal”⁸⁰.

En este contexto, es necesario distinguir entre dos elementos. Por una parte, la formulación de las reglas. Y por otra, su administración. Esta última, es decir, la administración de las reglas puede presentarse en diversas formas. Esto es así, pues: “[b]ajo el [D]erecho de los Estados constitucionales modernos, no hay prácticamente necesidad de decir que las funciones de legislación, adjudicación, ejecución y administración e imposición del [D]erecho están parceladas y distribuidas entre agencias sustancialmente diferentes”⁸¹. Estas, para MacCormick, son “agencias institucionales”. Pero debe advertirse, según MacCormick, que “en el discurso de los abogados las <instituciones> son notablemente diversas en cuanto a su clase. Los parlamentos, los tribunales, los ministerios y los departamentos de gobierno, las fuerzas policiales y otras agencias de imposición del [D]erecho son un tipo de institución –las podemos llamar instituciones-agencias, porque su sentido y función es actuar de varias maneras características. Las sociedades, corporaciones y fundaciones que están dotadas de personalidad jurídica por haber sido constituidas cumpliendo las condiciones legales son también agencias institucionales. Los contratos, los *trusts*, la propiedad, el matrimonio y la familia y otras instituciones de este tipo, no son en sí agencias sino que son figuras que resultan de los actos de personas y/o agencias institucionales. Aquí, cuando haya algún riesgo de ambigüedad, se les denominará <figuras institucionales>. Además existen <cosas institucionales>, en las variadas formas de <cosas incorpóreas>, esto es, los objetos invisibles e intangibles que existen en virtud de disposiciones legales, tales como las acciones en sociedades, los derechos de autor, las patentes y otros <derechos de

⁷⁸ Ídem., p. 52.

⁷⁹ M. LA TORRE, *Derecho, poder y dominio*, trad. de F. Gargallo, Fontamara, México, 1998, p. 104.

⁸⁰ N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, cit., p. 53.

⁸¹ Ídem., p. 56.

propiedad intelectual>”⁸². Es decir, MacCormick distingue entre agencias, figuras y cosas institucionales. Y señala, por otro lado, que están sujetas a varios tipos de reglas. Me refiero a las reglas institutivas, consecuenciales y terminativas. Así, en primer lugar, como se acaba de decir las agencias, figuras y cosas institucionales están reguladas por reglas institutivas que las establecen. Estas han sido explicadas, por ejemplo, al llamar nuestra atención sobre el hecho de que: “[n]osotros hablamos de instituciones como el contrato, el matrimonio, o la hipoteca, pero lo que se da en la realidad es *un* contrato concreto, *un* matrimonio determinado o *una* hipoteca específica. En el sistema jurídico, existen normas que establecen que dados determinados hechos o llevadas a cabo determinadas acciones (dotadas de un mayor o menor grado de complejidad), surgen, por ejemplo, *un* contrato, *un* matrimonio o *una* hipoteca. Dichas normas son las normas *institutivas*. Dichas normas desempeñan dos funciones muy importantes en relación con la existencia de la institución. En primer lugar, establecen las condiciones de validez de las instituciones y, en segundo lugar, determinan criterios para la impugnabilidad de los casos concretos de las diversas instituciones; es decir, la violación o desconocimiento de los contenidos de estas normas constituyen causas justificadas de impugnación del caso específico de la institución”⁸³.

Las institutivas, sin embargo, como ya se dijo no son las únicas reglas que según MacCormick regulan a las agencias, figuras y cosas institucionales. En efecto, otras son las reglas consecuenciales, que, como su nombre lo indica, determinan las consecuencias de su existencia. Es de advertir, por otro lado, que están relacionadas con las reglas institutivas. Esto es así, pues: “[c]uando, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes normas institutivas, ha surgido un ejemplo concreto de una institución, de ello se derivan efectos jurídicos importantes que, en la mayor parte de los casos, consisten en la atribución de ciertas posiciones jurídicas, que pueden concretarse en la titularidad de derechos, de obligaciones, de responsabilidades, etc. Esa atribución es fruto de la existencia de determinadas normas, según las cuales la existencia de un caso concreto de institución actúa a modo de condición de concretas consecuencias jurídicas. Estamos en presencia de las normas *de consecuencia*”⁸⁴. Además de las reglas institutivas y consecuenciales, según MacCormick, como se vio las agencias, figuras y cosas institucionales están sujetas a reglas terminativas, que tienen que ver con su disolución.

⁸² Ídem., p. 57.

⁸³ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 155.

⁸⁴ Ibídem.

Esto es así, pues “los casos concretos de contrato, matrimonio o hipoteca, no tienen por qué ser ilimitados en el tiempo. El sistema jurídico, a través de determinadas normas, establece en qué momento y mediante qué procedimientos el contrato, por ejemplo, deja de existir. Dichas normas son denominadas *terminativas*”⁸⁵. Hasta aquí los tipos de reglas según la teoría de MacCormick.

Hablando del Estado, por otra parte, MacCormick sostiene que “la institucionalización de un orden jurídico en un Estado u otra comunidad política depende de la evolución o adopción de una [C]onstitución que establezca las agencias de gobierno esenciales y les atribuya poderes”⁸⁶. En suma, para MacCormick: “[l]a [C]onstitución y el [D]erecho público infraconstitucional de cualquier Estado envuelve una enorme cantidad de material normativo. Y aun así ya se está en una posición que permite ver cómo las instituciones que aquéllos establecen crean la base para la formalización y para la articulación de estas mismas reglas y otras muchas reglas para la conducción de la vida humana y para los asuntos de los ciudadanos y los miembros de la sociedad civil. El carácter normativo del todo depende de una norma convencional conforme a la cual todas las personas que ejercen una función pública deben observar y dar sustento a la [C]onstitución y a las leyes válidamente creadas en conformidad con ésta”⁸⁷.

Hasta aquí la postura de MacCormick. Antes de avanzar sobre algunos de los méritos y objeciones que se han formulado de forma general a la teoría institucional del Derecho, creo que sería interesante referirme, aunque sea brevemente, a una línea de pensamiento en la que se ha dicho se inscribe la postura de MacCormick. Me refiero al positivismo jurídico neoinstitucionalista. Para ello seguiré a F.J. Ansuátegui, que si bien no es necesario citar aquí su obra⁸⁸, sí en cambio me gustaría destacar algunas ideas de su principal texto al respecto, que no es otro más que *El positivismo jurídico*

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, cit., p. 70.

⁸⁷ *Ídem*, pp. 83 y 84.

⁸⁸ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo VIII: Libertad de conciencia y de expresión en Baruch Spinoza”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo I: Tránsito a la modernidad: Siglos XVI y XVII*, dirección de G. Peces-Barba Martínez y E. Fernández García, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 637-681; *Id.*, “Introducción: Breves observaciones preliminares sobre el sentido de las clases prácticas y de este libro”, a VV.AA., *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 9-15; *Id.*, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (1995-1996), Dykinson, Madrid, 1997; R. de ASÍS ROIG y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XII: Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 797-852; y J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XI: Los derechos en la Revolución inglesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 745-796.

*neoinstitucionalista: (Una aproximación)*⁸⁹. Pues bien, Ansuátegui comienza, en efecto, por ubicar a la teoría de MacCormick en el positivismo jurídico neoinstitucionalista, que dicho sea de paso considera como “una de las manifestaciones más novedosas del positivismo jurídico”⁹⁰. No obstante, Ansuátegui reconoce que el positivismo jurídico neoinstitucionalista se enfrenta con la misma dificultad que el institucionalismo clásico para elucidar qué es una institución. Efectivamente, como ya se avanzó, en palabras de Ansuátegui, “la definición de las características básicas de la institución, así como la clasificación de su tipología, constituye un verdadero problema para los autores del institucionalismo clásico, de la misma manera que también lo constituye para los del PJN [positivismo jurídico neoinstitucionalista] [...] En efecto [...] la fijación del propio concepto de <institución> es una dificultad compartida por ambas versiones del institucionalismo”⁹¹. A pesar de tal dificultad, Ansuátegui es de la opinión que el positivismo jurídico neoinstitucionalista sí puede aportar un concepto de institución. Para ello es necesario referirme primero a los rasgos y presupuestos a partir de los cuales este planteamiento sobre el Derecho formula su concepto de institución. De este modo, conviene decir que es posible identificar el positivismo jurídico neoinstitucionalista a partir de dos rasgos. Se trata, según Ansuátegui, de su “filiación positivista y su carácter normativista”⁹². En relación con el primer rasgo, esto es, la filiación positivista, en opinión de Ansuátegui, “la posición básica del PJN [positivismo jurídico neoinstitucionalista] [...] puede seguir manteniéndose dentro de las filas del positivismo siempre que se entienda que se está asumiendo un punto de vista interno. Así, se podría considerar que un positivista puede negar que el Derecho pueda tener cualquier contenido si dicha negación se hace desde el punto de vista interno. La aceptabilidad de las normas del sistema vendría determinada por su adecuación a las normas superiores *del* sistema. Por lo tanto, el examen que se hace de los contenidos con vistas a su integración en el sistema es intrasistemático”⁹³.

El segundo rasgo que identifica el positivismo jurídico neoinstitucionalista como se acaba de decir es su carácter normativista. Este se explica, según Ansuátegui, porque este planteamiento sobre el Derecho advierte que el error del institucionalismo clásico es

⁸⁹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit.

⁹⁰ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Introducción”, a *Id.*, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 11.

⁹¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 27.

⁹² *Ídem.*, p. 18.

⁹³ *Ídem.*, p. 91.

reducir la importancia de las normas en el concepto de Derecho. En efecto, en palabras de Ansuátegui: “[p]ara el PJN [positivismo jurídico neoinstitucionalista] el gran error del institucionalismo clásico consiste precisamente en reducir o posponer la importancia primordial de las normas, negando su carácter constitutivo de la realidad institucional y por tanto –aceptado que el Derecho es una realidad de este tipo- del Derecho”⁹⁴. Para remediar este error del institucionalismo clásico, el positivismo jurídico neoinstitucionalista, según Ansuátegui, “defiende una comprensión del fenómeno jurídico según la cual el Derecho consiste en un sistema de normas, que adquieren existencia como resultado de determinados procesos. Dichos procesos se desarrollan también a partir de una determinada regulación normativa”⁹⁵. Pero, según Ansuátegui, el positivismo jurídico neoinstitucionalista no sólo se identifica a partir de estos rasgos, sino que también viene a sostener “tendencias sociologistas o realistas”. De este modo, en palabras de Ansuátegui, “el punto de partida de la comprensión del Derecho defendida por el PJN [positivismo jurídico neoinstitucionalista] radica en un presupuesto antropológico según el cual el individuo es un ser social que puede llevar a cabo acciones, tanto individuales como colectivas. Se reconoce, por consiguiente, la capacidad de actuar del sujeto”⁹⁶. En efecto, uno de los presupuestos del positivismo jurídico neoinstitucionalista es la capacidad de acción del individuo. Este actúa en un marco social a partir de un sistema de informaciones. En este sistema es posible distinguir entre informaciones prácticas e informaciones descriptivas. De hecho, este es otro presupuesto de este planteamiento sobre el Derecho. La diferenciación entre informaciones prácticas e informaciones descriptivas está relacionada con la capacidad de acción del individuo.

Efectivamente, en palabras de Ansuátegui, “el presupuesto antropológico, esto es, la afirmación de la naturaleza social del individuo y su capacidad para actuar individual y colectivamente, implica también, a su vez, la afirmación de ciertos requisitos: la existencia de un ámbito de acción y el desarrollo de un proceso de información a partir del cual el sujeto puede decidir el sentido de su actuación, que a su vez se encuentra constituido por la presencia de un conjunto de informaciones, descriptivas y prácticas, a partir de las cuales se desenvuelve una estricta diferenciación semántica entre proposiciones descriptivas y proposiciones prácticas”⁹⁷. La capacidad de acción del

⁹⁴ Ídem., p. 31.

⁹⁵ Ídem., p. 52.

⁹⁶ Ídem., p. 99.

⁹⁷ Ídem., p. 100.

individuo y la diferenciación entre informaciones prácticas e informaciones descriptivas no son, sin embargo, los únicos presupuestos del positivismo jurídico neoinstitucionalista. Pues lo es también la diferenciación entre hechos brutos y hechos institucionales. Al respecto, este planteamiento sobre el Derecho viene a decir, según Ansuátegui, que: “[l]os hechos institucionales son hechos en la misma medida en que lo son los hechos brutos. Nos podemos referir tanto a los hechos brutos como a los hechos institucionales mediante afirmaciones verdaderas o falsas. Pero los parámetros en virtud de los cuales podemos confirmar esa verdad o falsedad son diferentes en ambos casos. Las afirmaciones referidas a los hechos brutos son verdaderas o falsas según estén en relación de correspondencia o no con las características físicas del mundo material o con las relaciones causales que se dan en su seno. Por el contrario, la verdad o falsedad de una afirmación referida a un hecho institucional vendrá determinada por su posible adecuación a ciertas prácticas humanas comprensibles a partir de una regulación normativa”⁹⁸. Como ya se dijo, el positivismo jurídico neoinstitucionalista defiende un concepto de institución a partir de los rasgos y presupuestos hasta aquí señalados. Pues bien, en relación con este concepto deben apuntarse dos cuestiones. La primera, según Ansuátegui, es “el hecho de que la actuación de los individuos tiene lugar en determinados marcos de acción, que se identifican con las instituciones que, a su vez, no son explicables si no es en función de la existencia de determinadas normas. Las instituciones constituyen círculos o entornos de acción, caracterizados por la estabilidad, sin los cuales la vida en comunidad y la cooperación intersubjetiva serían imposibles. Dichas instituciones son creación humana. El individuo crea, por lo tanto, experiencias institucionales, lleva a cabo hechos institucionales que contribuyen a formar la realidad en la que nos movemos”⁹⁹.

Y la segunda cuestión relacionada con el concepto de institución que defiende el positivismo jurídico neoinstitucionalista es que este planteamiento, en palabras de Ansuátegui, “propone una determinada ontología de la realidad: dicha realidad no se puede comprender solamente como un agregado de hechos brutos [...] descriptibles y comprensibles a través de sus propiedades físicas, ya que también, dentro de ella, se encuentran otro tipo de hechos, los hechos institucionales [...] incomprensibles si no es a partir de la constatación de la existencia de una regulación normativa [...] [E]l Derecho es un hecho institucional”¹⁰⁰. Este es el concepto de institución que defiende el

⁹⁸ Ídem., pp. 145 y 146.

⁹⁹ Ídem., p. 101.

¹⁰⁰ Ídem., p. 102.

positivismo jurídico neoinstitucionalista. Como se vio, MacCormick partiendo, entre otros aspectos, de la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales, comparte la idea de que el Derecho es un orden normativo institucional. Y de este modo su teoría podría inscribirse en la línea de pensamiento del positivismo jurídico neoinstitucionalista. Pero como ya se dijo, creo conveniente preguntar si, en efecto, MacCormick es un autor positivista. A esta cuestión me referiré en el apartado siguiente. Ahora como ya se avanzó me interesa destacar algunos de los méritos y objeciones que se han formulado de forma general a la teoría institucional del Derecho.

En relación con lo primero, por ejemplo, Bobbio señala que “la teoría de la institución ha tenido el gran mérito, aun prescindiendo de su significado ideológico [...] de poner en relieve el hecho de que sólo se puede hablar de [D]erecho cuando hay un sistema de normas que forman un ordenamiento, y que, por tanto, el [D]erecho no es norma, sino conjunto coordinado de normas. En suma, que una norma jurídica no se encuentra nunca sola, sino ligada a otras, formando un sistema normativo. Gracias también a la teoría de la institución, la [T]eoría [G]eneral del [D]erecho se ha venido transformando cada vez más de teoría de las normas jurídicas en teoría del ordenamiento jurídico, y los problemas que han venido presentándose a los teóricos del [D]erecho cada vez están más relacionados con la formación, la coordinación y la integración de un sistema normativo”¹⁰¹. No obstante el reconocimiento de estos méritos, se han formulado también algunas objeciones a la teoría institucional del Derecho. Se ha señalado que conforme a esta teoría “todo” es una institución. En efecto, hablando de la postura de Romano, por ejemplo, se ha dicho que esta parecería que pretende “buscar instituciones jurídicas por todas partes, prurito de llamar instituciones a todo, ideologías, doctrinas, ismos, formas, estructuras, derechos, órganos y facultades”¹⁰². Creo que esta objeción tiene cierta razón. Recuérdese que para Romano instituciones son el Derecho, el Estado y sus órganos, pero también “los llamados institutos estatales, como escuelas, museos, bibliotecas, establecimientos, etc.”¹⁰³. No se pierda de vista además que según Romano institución es un ordenamiento jurídico. Digo que esta objeción es correcta porque tengo ciertas dudas de que los ejemplos propuestos por Romano sean ordenamientos jurídicos.

¹⁰¹ N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 13.

¹⁰² S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Estudio Preliminar”, “La doctrina del ordenamiento jurídico, de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo”, en S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 48.

¹⁰³ S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico*, cit., p. 329.

Considero, por otro lado, que esta objeción no es aplicable a la teoría de MacCormick. Primero, porque MacCormick, a diferencia de Romano, no identifica institución con ordenamiento jurídico. Y segundo, pues considero que MacCormick tiene la precaución de distinguir entre agencias, figuras y cosas institucionales. Esto es, MacCormick, a diferencia de Romano, evita llamar institución a “todo”. Además, debo advertir que a mi forma de ver las cosas MacCormick, a diferencia de Romano, sí aporta algunos elementos para definir de forma plausible una institución. Me refiero a su idea de que el Derecho es institucional porque existen órganos encargados de crear y aplicar el Derecho. Esta, como veremos a continuación, es la tesis de Raz.

Efectivamente, sobre el carácter institucional del Derecho quizás lo primero que convenga advertir, según Raz, es que la mayoría de los filósofos del Derecho acepta que uno de sus rasgos es que se trata de un “sistema normativo institucionalizado”. De este modo, continúa Raz, se ha prestado atención a dos tipos de instituciones. Por una parte, las instituciones aplicadoras, tales como los tribunales o bien, la policía. Y, por otra, las instituciones creadoras como los Parlamentos. Para Raz, la existencia de las instituciones aplicadoras es un rasgo necesario de todo sistema jurídico. Pero si esto es así, Raz se pregunta por los rasgos distintivos de estas instituciones. En su opinión, la respuesta está en las normas que establecen tales instituciones. En palabras de Raz: “[l]as instituciones aplicadoras de normas son, primero que nada, instituciones normativas establecidas por normas y a éstas debemos recurrir para encontrar una clave de su identidad”¹⁰⁴. Un acto de aplicación de Derecho, dice Raz, es por ejemplo todo acto de un funcionario público en ejercicio de una facultad o bien, en cumplimiento de un deber. De manera que es posible sostener que la expresión “institución aplicadora de normas” es equivalente a “institución pública”.

Las instituciones aplicadoras de normas son un rasgo necesario de todo sistema jurídico. No se trata, sin embargo, de *todas* las instituciones de este tipo. Para elucidar qué tipo de instituciones sí son un rasgo necesario, Raz propone la distinción entre “creación de normas” y “aplicación de normas”. Atendiendo a esta distinción es posible identificar un primer tipo de instituciones aplicadoras de normas. Se trata de aquellas que aplican normas, pero sin crear otras, limitándose pues a implementarlas físicamente. Estas

¹⁰⁴ J. RAZ, “La naturaleza institucional del Derecho” (1974), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 135-155, en especial p. 139 (J. RAZ, “La naturaleza institucional del Derecho”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111).

son llamadas por Raz “instituciones ejecutoras de normas”. Sin duda, dice Raz, juegan un papel importante en todo sistema jurídico. Pero, en su opinión, las instituciones ejecutoras de normas no son la clave para identificar a los sistemas jurídicos. De este modo es necesario “buscar” otro tipo de instituciones aplicadoras de normas que sí sean cruciales para entender a los sistemas jurídicos. Raz sugiere “que el tipo de instituciones que estamos buscando son aquellas que combinan la creación y aplicación normativa en una forma especial. Permítasenos llamar a estas instituciones órganos primarios (aplicadores de normas) para indicar su importancia [...] Los órganos primarios se ocupan de las determinaciones *autoritativas* de conformidad con las normas preexistentes considérese los órganos judiciales”¹⁰⁵.

El hecho de que un tribunal pronuncie una decisión quiere decir que es obligatoria, aun si está equivocada. Dicho de otra forma, un acto de aplicación de Derecho es un acto obligatorio aun si está equivocado, es decir, el acto es obligatorio aun si es una “mala” aplicación de la norma. No es necesario, sin embargo, detenerme aquí en el carácter obligatorio del Derecho, pues a ello me referiré más adelante. Me interesa, en cambio, apuntar que estas ideas nos permiten, según Raz, identificar la naturaleza y función de los órganos primarios aplicadores de normas. La característica definitoria de estos órganos, en palabras de Raz, es que “son instituciones con facultades para determinar la situación normativa de específicos individuos. A dichos órganos se les requiere para que ejerciten tales poderes mediante la aplicación de normas existentes; pero sus decisiones son obligatorias aun si están equivocadas”¹⁰⁶. El argumento de Raz es que todo sistema jurídico contiene órganos primarios aplicadores de normas. Estos juegan un papel importante en el entendimiento de los propios sistemas jurídicos y su función. Esto es así, según Raz, porque: “[e]l análisis de las condiciones de existencia así como de las condiciones de identidad de los sistemas jurídicos depende de las reglas que gobiernan el funcionamiento de las instituciones primarias y su comportamiento efectivo. Aún más, parece razonable suponer que el [D]erecho difiere de cualquiera otros métodos de control social al proveer una maquinaria para la solución *autoritativa* de las disputas”¹⁰⁷. No me detendré aquí en la distinción entre el Derecho y otros sistemas normativos, pues a ello

¹⁰⁵ Ídem., p. 141.

¹⁰⁶ Ídem., pp. 142 y 143.

¹⁰⁷ Ídem., p. 144.

me referiré más adelante. En cambio, seguiré la exposición de Raz sobre el carácter institucional del Derecho y su tesis de los órganos primarios aplicadores de normas.

La existencia de estos órganos tiene varias consecuencias. El Derecho contiene, por una parte, normas que guían el comportamiento. Y, por otra, órganos que evalúan dicho comportamiento a partir de tales normas. De este modo, para Raz, “el criterio por el cual determinamos si una norma pertenece a un sistema es, bruscamente dicho, que ésta es una norma que los tribunales deben de aplicar cuando juzgan y evalúan el comportamiento”¹⁰⁸. Esta es una primera consecuencia de la existencia de órganos primarios aplicadores de normas. Otra consecuencia es que los sistemas jurídicos contienen disposiciones jurídicas que los tribunales tienen la obligación de aplicar, independientemente de su opinión sobre sus méritos. En este sentido, la tesis de Raz es que: “[e]s un rasgo necesario de todos los sistemas jurídicos: (1) que contengan normas que establezcan instituciones primarias, (2) que una disposición jurídica pertenezca a ellos sólo si las instituciones primarias se encuentran bajo el deber de aplicarla, y (3) que tengan límites. Estos rasgos estructurales de los sistemas jurídicos no son, sin embargo, suficientes para distinguirlos de muchos sistemas normativos que no constituyen, de forma precisa, sistemas jurídicos nacionales”¹⁰⁹. En cambio, la clave para distinguir a los sistemas jurídicos es por su relación con otros sistemas normativos presentes en la misma sociedad. De este modo, según Raz, los sistemas jurídicos se caracterizan por tres rasgos. El primero es que los sistemas jurídicos son comprensivos. Esto “quiere decir que los sistemas jurídicos pretenden autoridad para regular cualquier tipo de comportamiento”¹¹⁰. Lo que significa que no necesariamente regulan todo tipo de comportamiento, sino que únicamente lo pretenden. El segundo rasgo es que los sistemas jurídicos pretenden ser supremos. Este rasgo está relacionado con el anterior, pues “significa que todo sistema pretende autoridad para regular el establecimiento y aplicación por la comunidad a él sometida, de otros sistemas institucionalizados. En otras palabras, pretende autoridad para prohibir, permitir o imponer condiciones sobre la institución y funcionamiento de todas las organizaciones normativas a las cuales los miembros de la comunidad, a él sometida, pertenecen”¹¹¹. Antes de prestar atención al tercer rasgo de los sistemas jurídicos según Raz, esto es, que son abiertos, creo que aquí es interesante relacionar estas últimas ideas

¹⁰⁸ Ídem., p. 146.

¹⁰⁹ Ídem., p. 149.

¹¹⁰ Ídem., p. 151.

¹¹¹ Ídem., p. 152.

de Raz con otras teorías o concepciones del Derecho. Me refiero, por ejemplo, a los conceptos de Derecho y Estado de M. Weber o bien, al fenómeno del pluralismo jurídico.

No es mi propósito, desde luego, referirme aquí a la obra de Weber¹¹². En cambio, como se acaba de decir, me interesa prestar atención, aunque sea brevemente, a sus conceptos de Derecho y Estado. Para Weber, “el Occidente es el único que ha conocido el <Estado> como organización política, con un Derecho racionalmente estatuido y una administración por funcionarios especializados guiada por reglas racionales positivas”¹¹³. Como se sabe, uno de los objetivos de Weber es investigar el origen del capitalismo. Aquí, lo que interesa es la descripción que hace Weber del Derecho que requiere este tipo de sistema económico. Así, para Weber, “el moderno capitalismo industrial racional necesita tanto de los medios técnicos de cálculo del trabajo, como de un Derecho previsible y una administración guiada por reglas formales, sin esto, es posible el capitalismo aventurero, comercial y especulador, y toda suerte de capitalismo político, pero es imposible la industria racional privada con capital fijo y cálculo seguro. Pues bien, sólo el Occidente ha puesto a disposición de la vida económica un Derecho y una administración dotados de esta perfección formal técnico-jurídica”¹¹⁴. Pero el Derecho como ya dije no es el único concepto al que me interesa prestar atención en la teoría de Weber, pues lo es también el de Estado.

En otra obra¹¹⁵, Weber relaciona el concepto de Estado con el sistema económico. Así, afirma que “el complejo de relaciones humanas, normas y condicionamientos normativos designados por nosotros con el término de “Estado” [...] constituye un fenómeno “económico”, por cuanto se refiere a la hacienda pública”¹¹⁶. La ciencia social,

¹¹² M. WEBER, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996 (M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der “Geist” des Kapitalismus*, 1905); *Id.*, “Concepción luterana de la profesión: Tema de nuestra investigación”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 85-111; *Id.*, “Confesión y estructura social” (1904-1905), en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 29-44 (M. WEBER, “Confesión y estructura social”, este trabajo se publicó en el “Archiv für Sozialwissenschaft und Socialpolitik” (“Archivo de ciencia social y política social”), (J.C.B. Mohr, Tübingen), vols. XX y XXI (1904-1905)); *Id.*, “El espíritu del capitalismo”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 45-84; *Id.*, “La relación entre la ascesis y el espíritu capitalista”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 213-266; e *Id.*, “Los fundamentos religiosos del ascetismo laico”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 115-211.

¹¹³ M. WEBER, “Introducción”, a *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, cit., pp. 9-26, en especial p. 12.

¹¹⁴ *Idem.*, p. 20.

¹¹⁵ M. WEBER, *Sobre la teoría de las ciencias sociales* (1920-1921), trad. de J. Chávez Martínez, Premia, México, 1981 (M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1920-1921).

¹¹⁶ M. WEBER, “El conocimiento objetivo de las ciencias y la política sociales”, en *Id.*, *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, cit., pp. 7-66, en especial p. 20.

por otro lado, afirma Weber, tiene por objeto la filología, la historia de la Iglesia, pero especialmente al Estado, así como a su Derecho. En efecto, para Weber: “[e]l universo de las normas jurídicas puede determinarse con claridad desde el punto de vista conceptual y tiene a un tiempo una validez histórica, en sentido jurídico. Y es su significado práctico el objeto de la actividad de la ciencia social”¹¹⁷. De este modo queda clara la relación que para Weber tiene el Estado y el Derecho, no sólo por ser objetos como se acaba de decir de la ciencia social, sino también porque cuando Weber se pregunta por la estructura lógica del Estado, responde a partir de dicha relación con el Derecho. En sus palabras: “[n]os permitimos sólo señalar que para responder a la pregunta acerca de qué corresponde a la noción de “Estado” en la realidad empírica, hallamos una multitud de acciones y tolerancias humanas difusas y a discreción; asimismo, relaciones naturales y ajustadas a leyes, así sean únicas o bien regularmente repetidas, enlazadas mediante una idea dominante: la fe en unas normas positivamente válidas, o que deberían serlo, y también en ciertas condiciones del individuo sobre el individuo”¹¹⁸. Creo que con esta idea, Weber se refiere al tema del poder. Según Weber: “[e]l Estado constituye, en todas las comunidades sociales, la única a la que hoy día se le atribuye el poder “legítimo” sobre la vida, la muerte y la libertad, haciendo uso de ello sus órganos”¹¹⁹. Considero que Raz estaría de acuerdo con esta idea, aunque quizás no en los términos que Weber la formula. Digo que Raz estaría de acuerdo porque, por una parte, como se vio, él afirma que uno de los rasgos del sistema jurídico es que pretende ser supremo y, por otra, recuérdense las ideas de Raz sobre los órganos aplicadores de Derecho. Creo, por otro lado, que Weber asigna este papel supremo al Estado y su Derecho pues, por ejemplo, en otro trabajo¹²⁰, sostiene que: “[e]l Estado es garantía de seguridad y, frente a un peligro externo, la seguridad nacional pasa a primer término; en este caso, aunque sea de una manera discontinua, se produce una exaltación de los sentimientos de solidaridad nacional”¹²¹.

¹¹⁷ Ídem., p. 48.

¹¹⁸ Ídem., p. 53.

¹¹⁹ M. WEBER, “Significado de la “libertad de valorización” en las ciencias sociológicas y económicas” (1917), en *Id.*, *Sobre la teoría de las ciencias sociales*, cit., pp. 67-114, en especial p. 112 (M. WEBER, “Significado de la “libertad de valorización” en las ciencias sociológicas y económicas”, en este ensayo, publicado en 1917, se encuentra refundido un informe interno de discusión presentado en 1913 a la Asociación de Política Social (*Verein für Sozialpolitik*), el cual fue impreso y difundido más tarde en forma de circular).

¹²⁰ M. WEBER, *Estructuras de poder* (s.a.), trad. de R. Arar, La Pléyade, Buenos Aires, 1977 (M. WEBER, *Strukturen der Gewalt*, s.a.).

¹²¹ M. WEBER, “Las comunidades políticas”, en *Id.*, *Estructuras de poder*, cit., pp. 9-42, en especial p. 38.

Ya se dijo que para Weber el Estado es el único con “poder legítimo”. Y si bien no es mi propósito desarrollar aquí la teoría del poder de Weber, creo que sí conviene apuntar, por ejemplo, que para Weber: “[h]ay ley cuando existe la posibilidad de mantener un orden mediante un conjunto específico de hombres que aplicarán la coacción física o psíquica con el objeto de lograr una aceptación del orden o de sancionar su transgresión. El reparto de poder económico y de otra clase, depende directamente del ordenamiento legal existente en la comunidad. Esto es aplicable no sólo al Estado sino a todos los órdenes legales. En términos generales entendemos por “poder” la posibilidad de que una persona, o varias, realicen su propia voluntad en una acción en común, aun contra la oposición de otros participantes en la acción”¹²². Como se sabe, Weber distingue entre varios tipos de poder. Así, por ejemplo, el poder patriarcal o bien, la burocracia, pero quizás la idea más interesante sea la del carisma. En palabras de Weber: “[e]l héroe carismático no deriva su poder de estatutos y reglamentos, como ocurre en el caso de la jurisdicción de oficio; tampoco lo deriva de la tradición o de juramentos de lealtad feudal, como sucede en el caso del poder patrimonial [...] El jefe carismático sólo obtiene y conserva su autoridad si demuestra su fuerza en la vida”¹²³. El poder carismático obedece además al consentimiento de los gobernados.

En efecto, según Weber: “[l]os súbditos pueden dar un “asentimiento” más activo o más pasivo a la misión personal del jefe carismático. Su poder se funda en este asentimiento puramente fáctico y procede de una devota fidelidad. Se trata de una devoción a lo prodigioso y desconocido, a lo que es extraño a toda norma y tradición, y a lo que por tanto se asimila a lo divino. Es un fervor surgido de las penurias y del entusiasmo [...] La verdadera dominación carismática no depende, por tanto, de ningún código o norma legal abstractos, de ningún tipo “formal” de adjudicación. Su ley “objetiva” deriva concretamente de la experiencia puramente personal de la gracia divina y de la fuerza divina del héroe. Su disposición es, pues, revolucionaria y trastoca todos los valores; provoca una quiebra soberana de toda norma tradicional o racional”¹²⁴. No es esta, como veremos, la forma en que Raz explica la autoridad del Derecho. Aquí podría referirme a su relación con el concepto de soberanía o bien, con la idea del “hecho

¹²² M. WEBER, “El reparto de poder en las comunidades políticas”, en *Id.*, *Estructuras de poder*, cit., pp. 45-70, en especial p. 45.

¹²³ M. WEBER, “El poder carismático”, en *Id.*, *Estructuras de poder*, cit., pp. 73-103, en especial p. 78.

¹²⁴ *Ídem.*, p. 80.

fundante básico”. Pero opté por citar la teoría de Weber a manera de ejemplo, como ya señalé, para relacionarla con la idea de Raz según la cual uno de los rasgos del sistema jurídico es que pretende ser supremo. Pero además como ya se dijo, me interesa relacionar esta idea con el fenómeno del pluralismo jurídico.

Como se vio, una de las implicaciones de la teoría institucional del Derecho es el reconocimiento del principio de pluralidad de ordenamientos jurídicos. En efecto, como nos recuerda Bobbio: “[a] la teoría institucionalista hay que reconocerle el mérito de haber ampliado el horizonte de la experiencia jurídica más allá de las fronteras del Estado. Haciendo del [D]erecho un fenómeno social y considerando el fenómeno de la organización como criterio fundamental para distinguir una sociedad jurídica de una sociedad no jurídica, la teoría de la institución rompió el círculo cerrado de la teoría estatista del [D]erecho, que considera [D]erecho solamente al estatal, que identifica el ámbito del [D]erecho con el ámbito del Estado”¹²⁵. No es mi propósito desarrollar el tema del pluralismo jurídico ni participar en la discusión sobre si el único Derecho es el del Estado o bien, sobre la cuestión indígena¹²⁶. Aquí sólo quiero plantear que afirmaciones

¹²⁵ N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 8 y 9.

¹²⁶ VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005; J.D. CASTRILLÓN O., “La dialéctica nacional e internacional en el reconocimiento del pluralismo jurídico: El caso Colombia frente a los pueblos indígenas”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 1-31; J.L. CUEVAS GAYOSSO, “Soberanía nacional y autonomía territorial de los pueblos indígenas de México”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 137-151; E. DOMINGO BARBERÁ, “Ejemplos de pluralidad: La legislación en materia indígena en el Estado de Quintana Roo”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 49-66; G. GARCÍA FONG, “La construcción del pluralismo en Guatemala: Convenios internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y su aplicación”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 67-88; L. JIMÉNEZ BARTLETT, “Las autonomías indígenas como una forma de pluralismo jurídico”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 111-135; L. KORSBAEK y F. MERCADO VIVANCO, “La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la Antropología del Derecho”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 153-177; O. MARROQUÍN GUERRA, “El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 179-192; J.E.R. ORDÓÑEZ CIFUENTES, “Economía, sociedad y Derecho indígena en el marco de una formación social pluriétnica y pluricultural de economía abigarrada y dependiente”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 193-222; y F.J. PALACIOS ROMEO, “Materiales para una legitimación del reconocimiento constitucional del Derecho colectivo indígena”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, cit., pp. 243-264. Sobre el pluralismo jurídico y la cuestión indígena, véanse VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007; A. BERUMEN CAMPOS, “El Derecho indígena: Pluralismo jurídico o hermenéutico”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, cit., pp. 191-263; O. CORREAS, “Las ideologías de la negación”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, cit., pp. 127-148; *Id.*, “Los sistemas normativos de las comunidades indígenas”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, cit., pp. 67-113; *Id.*, “Los sistemas normativos de los pueblos indígenas”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, cit., pp. 115-126; *Id.*, “Relaciones entre sistemas normativos”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, cit., pp. 149-188; y J. ORTIZ ANDRADE, “El Derecho indígena como sistema jurídico”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*,

como las de Raz, en el sentido de que uno de los rasgos del sistema jurídico es que pretende ser supremo, requieren explicar fenómenos tales como los del pluralismo jurídico. Para mostrar que esto es así, creo que será suficiente apuntar algunas ideas sobre la relación entre este fenómeno y la cuestión indígena. Esta discusión tiene como base el derecho a la autodeterminación¹²⁷. El punto de partida es el reconocimiento de que: “[l]a pluralidad cultural existente en todo el planeta y las reivindicaciones que desde esa realidad se han venido planteando, cuestionan los principios y valores a partir de los que se construyeron las comunidades imaginadas monoculturales que fundamentan nuestros Estados nación actuales”¹²⁸. Se trata de la insuficiencia de la tesis del monismo jurídico¹²⁹ o bien, de la ciencia jurídica tradicional¹³⁰ para explicar este fenómeno social. Así, el pluralismo jurídico se presenta como un concepto “pendiente de construcción que debe responder al reto de la diversidad de sistemas jurídicos existentes en una sociedad”¹³¹. De hecho, existe cierto consenso¹³² sobre la idea de que hablar de pluralismo jurídico o bien,

cit., pp. 265-313. Asimismo, véanse VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007; R. BUCHANAN, “Reconceptualización del Derecho y la política en lo transnacional: Acercamientos pluralistas constitucionales y jurídicos”, trad. de A.M. Cepeda Duarte, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 225-248; O. CORREAS, “La propiedad: Reflexiones sobre la propiedad en el mundo indígena”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 121-195; P. FITZPATRICK, ““No cabe duda”: *Mabo* y el fracaso de la base legal”, trad. de Y.A. Molina Lozano y H. Rosas Vargas, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 199-223; F. LÓPEZ BÁRCENAS, “Ensayo sobre la ceguera... jurídica: Las teorías jurídicas y el Derecho entre los ñuú savi”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 67-120; S. MOTHA, “Soberanía “postcolonial” y el evento de la pluralidad”, trad. de A.M. Cepeda Duarte, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 249-277; D. NINA, “El Derecho como memoria colectiva: Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 279-294; J.R. ORANTES GARCÍA, “Proceso hibridatorio en el sistema jurídico de los tzeltal tenejapanecos”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 39-65; S. PAHUJA, “La necesaria inclusión del excluido: La pluralidad inherente a la condicionalidad del Fondo Monetario Internacional (FMI)”, trad. de A.M. Cepeda Duarte, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 295-324; y H.B. SALMERÓN GARCÍA, “Encuentro con Zósimo: Los hombres de las montañas”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 13-38.

¹²⁷ L. CUBELLS AGUILAR, “Las Juntas de Buen Gobierno Zapatistas: La construcción del pluralismo a través de la lucha por la autonomía”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, *cit.*, pp. 33-48, en especial p. 41.

¹²⁸ Ídem., pp. 33 y 34.

¹²⁹ O. CORREAS, “Introducción”, a VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, *cit.*, pp. 7-14, en especial p. 11.

¹³⁰ O. CORREAS, “Presentación”, a VV.AA., *Pluralismo jurídico...*, *cit.*, pp. 7-9, en especial p. 7.

¹³¹ L. CUBELLS AGUILAR, “Las Juntas de Buen Gobierno Zapatistas: La construcción del pluralismo a través de la lucha por la autonomía”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, *cit.*, p. 34.

¹³² O. CORREAS, “Pluralismo normativo”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, *cit.*, pp. 59-65, en especial p. 60; *Id.*, “Soberanía y autonomía”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, *cit.*, pp. 315-344, en especial p. 333; J.A. GONZÁLEZ GALVÁN, “Las decisiones políticas fundamentales en materia indígena: El Estado pluricultural de Derecho en México”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, *cit.*, pp. 89-110, en especial p. 96; y C.S. ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, “Pluralismo jurídico: Una aproximación antropológica desde los Altos de Guatemala”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas...*, *cit.*, pp. 223-241, en especial p. 235.

de pluralismo normativo¹³³, como su nombre lo indica, no quiere decir otra cosa más que reconocer la existencia de dos o más sistemas normativos en una sociedad. Creo que conviene insistir en que digo esto únicamente para mostrar que ideas como las de Raz en el sentido de que uno de los rasgos de los sistemas jurídicos es que pretenden ser supremos se enfrenta a discusiones como las del pluralismo jurídico y, en concreto, a la necesidad de explicar la relación entre el Derecho del Estado y los sistemas normativos, por ejemplo, de los pueblos indígenas. Lo interesante, sin embargo, es que en mi opinión Raz sí ofrece una respuesta. Me refiero a su idea de la apertura del sistema jurídico.

Según Raz, otro rasgo de los sistemas jurídicos es que son abiertos. En palabras de Raz: “[u]n sistema normativo es un sistema abierto en el sentido de que contiene normas cuyo propósito es otorgar fuerza obligatoria dentro del sistema a normas que no pertenecen a él”¹³⁴. Los sistemas jurídicos reconocen contratos, costumbres o bien, disposiciones de sistemas jurídicos extranjeros. Esto se explica si no perdemos de vista que para que una norma sea “adoptada” por un sistema abierto es necesario que (1) sean normas que pertenecen a otro sistema jurídico que es practicado por sus “sujetos normativos”, así como que (2) sean normas creadas por o con el consentimiento de los “sujetos normativos”. (1) explica las normas “adoptadas” a través de reglas de conflicto, y (2) se aplica a los contratos o bien, a los estatutos de las sociedades. En suma, las normas que satisfacen (1) y (2) son reconocidas por un sistema jurídico, pero no son parte de él.

Ya se dijo que para Raz los sistemas jurídicos son comprensivos, supremos y abiertos. Pero debo advertir que en otra obra¹³⁵, sostiene que las características del Derecho son que este “es normativo, institucionalizado y coactivo. El [D]erecho es normativo en tanto sirve, y está hecho para que sirva, como guía de la conducta humana; es institucionalizado en tanto que su aplicación y modificación son, en gran medida, realizadas o reguladas por instituciones; es coactivo en tanto que la obediencia a él y su aplicación se encuentran internamente garantizadas, en última instancia, por el uso de la fuerza”¹³⁶. Pero recuérdese que estamos analizando los elementos que según Raz

¹³³ O. CORREAS, “Normas y sistemas normativos”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano...*, cit., pp. 17-57, en especial p. 42.

¹³⁴ J. RAZ, “La naturaleza institucional del Derecho” (1974), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 153.

¹³⁵ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986 (J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, 2n Ed, Oxford, 1980).

¹³⁶ *Idem.*, pp. 19 y 20.

conforman el criterio de existencia e identidad del sistema jurídico y, en concreto, el carácter institucional del Derecho.

Pues bien, queda claro que para Raz un sistema de normas no es un orden jurídico, a menos que establezca instituciones judiciales encargadas de resolver controversias. Este orden normativo además como se vio es “autoritativo”, y ocupa una posición suprema en la sociedad. El carácter institucional del Derecho lo identifica como un tipo de institución social. Pero no se trata de cualquier tipo de institución social. El Derecho, según Raz, “es un sistema para guiar y decidir (jurídicamente) que pretende suprema autoridad dentro de una sociedad y, por tanto que, ahí donde es eficaz, goza de autoridad efectiva”¹³⁷. El carácter institucional del Derecho es, según Raz, compatible con algunas teorías del Derecho natural, pero no con todas. Esto último es así por dos razones. Primera, una de las consecuencias del carácter institucional del Derecho es que este tiene límites. Aunque quizás convenga objetar que en todo caso también los tiene el Derecho natural. Sin embargo, que el Derecho tenga límites quiere decir, en palabras de Raz, que: “[l]os órdenes jurídicos contienen sólo aquellos estándares que están relacionados, en cierta forma, con las funciones de las instituciones judiciales relevantes”¹³⁸. Que el Derecho tenga límites significa que no contiene todos los estándares “justificativos”, ya sean morales o de otra índole ni tampoco contiene todas las normas y convenciones. El Derecho sólo contiene un subconjunto de aquellos. Esto es, como ya se dijo, el Derecho sólo contiene los estándares que tienen una apropiada relación institucional. Es decir, que son usados por órganos aplicadores de Derecho. En palabras de Raz: “[l]a existencia de un vínculo apropiado entre una regla y las instituciones relevantes la convierte en una regla del [D]erecho”¹³⁹. Y la segunda razón por la que el carácter institucional del Derecho no es compatible con toda teoría del Derecho natural, es que otra de sus consecuencias, según Raz, es “que no se pueden imponer calificaciones morales como condiciones para que una disposición o un orden sean tenidos por jurídicos y que no se encuentren reflejadas también en sus rasgos institucionales. Si el [D]erecho es una institución social de cierto tipo, entonces todas las disposiciones que pertenecen al tipo social son disposiciones jurídicas no obstante lo moralmente objetables que éstas puedan

¹³⁷ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 62 y 63.

¹³⁸ *Idem.*, p. 64.

¹³⁹ J. RAZ, “Prefacio a la edición española” (1985), a *Id.*, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., pp. 5-7, en especial p. 5.

ser”¹⁴⁰. Hasta aquí los dos primeros elementos del criterio de existencia e identidad del sistema jurídico. Es decir, la condición de la eficacia y el carácter institucional del Derecho¹⁴¹. Ya se dijo que para Raz la tesis más importante que identifica el Derecho según el positivismo jurídico es la tesis social. Señalé que, respecto de esta tesis, Raz distingue entre una versión débil y una versión fuerte. Y dije que a esta última, es decir, a la versión fuerte de la tesis social Raz le llama la tesis de las fuentes. Recuérdese que esta es el objeto del presente subapartado, pues considero que es el núcleo de la variedad de positivismo jurídico excluyente de Raz. Para el análisis de la tesis de las fuentes, como se acaba de decir, hasta aquí ha sido necesario prestar atención a dos de los elementos que según Raz conforman el criterio de existencia e identidad del sistema jurídico. Pero como se sabe estos no son los únicos, pues lo son también las fuentes. Este es un elemento importante, porque a partir de él como veremos a continuación Raz traza la distinción entre las versiones débil y fuerte de la tesis social.

En relación con el tercer elemento, esto es, con las fuentes del Derecho, Raz dice que parecería que muchos autores positivistas aceptan la versión fuerte de la tesis social. Pero, en realidad, las teorías de estos autores reposan únicamente en la eficacia y el carácter institucional del Derecho. A la combinación de estos dos elementos Raz le llama la versión débil de la tesis social. Las versiones fuerte y débil de la tesis social no son equivalentes. Para mostrar que esto es así, en palabras de Raz: “[s]upóngase que el [D]erecho requiere que las controversias no-reguladas (*i.e.* aquellas a cuyo respecto el [D]erecho está indeterminado o es incierto) sean resueltas en base a consideraciones morales (o a cierta subclase de ellas, tales como consideraciones de justicia o consideraciones morales no fundamentalmente reñidas con la moral social). Supóngase además que se arguye que en virtud de tal disposición las consideraciones morales se han convertido en parte del [D]erecho (y así el [D]erecho nunca es indeterminado o incierto salvo que la moral lo sea). Esta afirmación se opone directamente a la tesis fuerte. Si tal afirmación se acepta, la determinación de lo que es [D]erecho en ciertos casos depende de consideraciones morales, puesto que se tiene que recurrir a argumentos morales para identificar el [D]erecho. Para conformarnos a la tesis fuerte, tendríamos que decir que mientras la norma que se refiere a la moral es ciertamente [D]erecho (está determinada

¹⁴⁰ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, *cit.*, p. 64.

¹⁴¹ Sobre el carácter institucional del Derecho, véase J. RUIZ MANERO, “Entrevista con Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 321-344, en especial p. 334.

por sus fuentes) la moral a la cual la norma jurídica se refiere no es por esto incorporada al [D]erecho. Esta norma es análoga a una “regla de conflicto” que establece el deber de aplicar un orden jurídico extranjero el cual se mantiene independiente y fuera del [D]erecho nacional”¹⁴². En una nota al pie¹⁴³, Raz llama nuestra atención sobre el hecho de que la referencia es a “la moral”, no así a la moral social. Esto es así porque la moral social sí está basada en fuentes, es decir, costumbres, hábitos y concepciones comunes de la comunidad.

De este modo queda claro que la versión fuerte de la tesis social rechaza la tesis de la incorporación que, como se avanzó, según Raz, sostiene el positivismo jurídico incluyente. Ya se dijo que Raz no admite la tesis de la incorporación. Aquí creo que conviene desarrollar más estas ideas. Para Raz el artículo 1º de la Constitución alemana, así como la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos son “supuestos de incorporación aparente”. No se trata, en su opinión, de supuestos claros de incorporación. Esto es así, pues en palabras de Raz, “no son casos de incorporación si “incorporación” significa legislar o bien convertir un estándar en una norma del pertinente sistema jurídico por medio de una regla que se refiere a él y le da algún efecto jurídico [...] Las leyes británicas o norteamericanas dan efectos jurídicos a los estatutos de las sociedades mercantiles o de las universidades y a muchos otros tipos de normativas sin incorporarlos al Derecho del Reino Unido o de los Estados Unidos; las normas de conflicto otorgan efectos jurídicos al Derecho extranjero sin convertirlo en parte del Derecho interno. Tales referencias hacen jurídicamente exigible la aplicación de las normativas a las que se refieren, y entre los derechos y obligaciones reconocidos jurídicamente se incluyen, por tanto, algunos determinados por aquéllas. Pero estas normas no pasan a formar parte del Derecho, como no lo hacen los contratos jurídicamente vinculantes, a pesar de serlo y de que transforman los derechos y deberes de las personas sin ser ellos mismos parte del Derecho interno”¹⁴⁴. En fin, lo que se quiere decir es que la versión fuerte de la tesis social rechaza la opinión que afirma que la moral llega a formar parte del Derecho, en virtud de la disposición jurídica según la cual las controversias no reguladas deben ser resueltas con base en consideraciones morales. En este sentido, Raz, dice Moreso, rechaza la incorporación de la moral en el Derecho no

¹⁴² J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 65.

¹⁴³ *Ibidem.*, nota 7.

¹⁴⁴ J. RAZ, *La incorporación por el Derecho*, cit., pp. 30 y 31.

porque, a su vez, no admita la moral objetiva, sino por un argumento conceptual. Esto es así, pues según Moreso, conforme a la teoría de Raz, “un rasgo definitorio del [D]erecho es que pretende autoridad y pretender autoridad comporta la capacidad de suministrar, a los destinatarios de las normas promulgadas por la autoridad, razones que desplacen las razones a favor y en contra que ellos tienen de comportarse de determinado modo. Si el [D]erecho incorporara pautas morales, entonces no podría pretender autoridad puesto que dichas pautas son válidas para sus destinatarios con independencia de lo que la autoridad establezca. Por lo tanto, por razones conceptuales, el [D]erecho no puede incorporar el razonamiento moral”¹⁴⁵. A la tesis de la autoridad de Raz me referiré más adelante, aquí en cambio creo que conviene continuar con la exposición de su opinión sobre la tesis de la incorporación.

La tesis de la incorporación, dice Raz, “no viola los requerimientos de la eficacia. Puesto que aquí también el grueso del orden jurídico puede conformarse a ellos. Tampoco es inconsistente con los del carácter institucional del [D]erecho: la moral, dentro de esta concepción, se convierte en [D]erecho al ser vinculada a las instituciones relevantes. Finalmente, la afirmación de que la moral puede, de esta forma, incorporarse al [D]erecho es consistente con la tesis de los límites del [D]erecho, puesto que ésta meramente afirma que las normas jurídicas basadas en fuentes pueden, de vez en cuando, incorporar parte de la moral en el [D]erecho imponiendo, quizás, varias condiciones a su aplicación”¹⁴⁶. La consecuencia de admitir esta opinión es que algunos principios morales no basados en fuentes son parte de casi todo sistema jurídico, porque la mayoría de ellos requieren que en algunas ocasiones los jueces apliquen consideraciones morales. Por ello, según Raz, debe quedar claro que la diferencia entre las versiones débil y fuerte de la tesis social “es que ésta insiste, mientras que la primera no, en que la existencia y contenido de toda disposición jurídica es totalmente determinada por fuentes sociales. Por el otro lado, la tesis débil, no la fuerte, integra al [D]erecho las condiciones de eficacia e institucionalidad. Las dos tesis son lógicamente independientes. La tesis débil, aunque verdadera, es insuficiente para caracterizar el positivismo jurídico”¹⁴⁷. Para mostrar que esto es así, es decir, que la versión débil de la tesis social es insuficiente para caracterizar el positivismo jurídico, quizás lo primero que convenga decir, según Raz, es que esta

¹⁴⁵ J.J. MORESO MATEOS, *La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*, cit., p. 298.

¹⁴⁶ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 66.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

versión es compatible con (a) la afirmación según la cual, en ocasiones, la identificación de algunas normas requiere de consideraciones morales, y con (b) la idea de que en todo sistema jurídico la identificación de algunas normas requiere de consideraciones morales. En este sentido (a), dice Raz, está en la frontera del positivismo jurídico, y puede o no ser adecuada con este planteamiento sobre el Derecho. En todo caso, no debe perderse de vista que (a) depende de la contingente existencia de una disposición jurídica que convierta a las consideraciones morales en criterio de validez. En cambio, (b) sostiene una necesidad conceptual de identificar el Derecho mediante consideraciones morales, y esta es una idea propia del iusnaturalismo. En este orden de ideas, la tesis de Raz como se ha insistido es que el Derecho tiene fuentes sociales. Esto quiere decir “que el contenido y existencia del [D]erecho pueda ser determinado con referencia a hechos sociales sin recurrir a consideraciones morales”¹⁴⁸. Por ello, Raz argumentará “en favor de la verdad de la tesis social fuerte excluyendo tanto a (a) como a (b) [Denominaré] a la tesis social fuerte: “la tesis de las fuentes” [...] [Según la cual] [u]na disposición jurídica tiene una fuente si su contenido y existencia puede ser determinado sin usar argumentos morales (permitiendo, sin embargo, argumentos sobre las concepciones e intenciones morales de la gente, las cuales son, por ejemplo, necesarias para la interpretación). Las fuentes de una disposición jurídica son aquellos hechos en virtud de los cuales ésta es válida y su contenido identificado. Este sentido de “fuente” es más amplio que el de “fuentes formales” las cuales son aquellas que establecen la validez del [D]erecho (una o más leyes del Parlamento conjuntamente con uno o más precedentes, puede ser la fuente formal de una disposición jurídica). “Fuente”, tal y como es usada aquí, comprende, también, “fuentes interpretativas”, a saber, todos los materiales interpretativos relevantes. La fuente del [D]erecho, así entendida, no es nunca un acto individual aislado (de legislación, etcétera), sino toda una gama de hechos de variedad de tipos [...] ¿Cuáles son las razones para aceptar la tesis de las fuentes? Dos argumentos se combinan para sostenerla. El primero muestra que la tesis refleja y explica nuestra concepción del [D]erecho. La segunda muestra que existen [...] razones [adicionales] para adherirse a dicha concepción”¹⁴⁹. Antes de avanzar sobre estos argumentos, quizás convenga insistir en que por “fuente” se entienden comprendidas las fuentes formales, así como las fuentes

¹⁴⁸ J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas” (1979), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 75-103, en especial p. 75 (J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft, 11, 1979, p. 197).

¹⁴⁹ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 67 y 68.

interpretativas. Por ello, señala Raz que “es importante recordar que “fuentes del [D]erecho” significa aquí no simplemente actos creadores del [D]erecho sino todo tipo de actos que hagan verdaderos o falsos los enunciados jurídicos”¹⁵⁰. De este modo se ha sostenido que, para Raz, “en su versión más fuerte, la tesis de las fuentes sociales no sólo sostiene que la existencia y el contenido del [D]erecho pueden determinarse sin acudir a justificaciones morales, sino que, con carácter más general, ella se aplicaría también a la verdad de todos los enunciados jurídicos (puros o aplicados)”¹⁵¹. Dicho esto, conviene ahora avanzar sobre algunos argumentos de Raz para aceptar la tesis de las fuentes, entendida según se ha insistido como la versión fuerte de la tesis social.

En relación con el primer argumento, esto es, aquel que viene a decir que la tesis de las fuentes refleja y sistematiza varias distinciones relacionadas con nuestra concepción del Derecho, quizás lo primero que convenga advertir, según Raz, es que: “[u]na fuente constante de objeciones a la tesis de que el [D]erecho deriva exclusivamente de fuentes sociales es el grado en el que se encuentran entretajadas en la decisión judicial las consideraciones que se basan en fuentes y las que no se basan en fuentes”¹⁵². Supongamos, propone Raz, que los jueces usan argumentos morales, sociales y otros no jurídicos, cuando resuelven casos en los que el Derecho es incierto. En cambio, cuando los jueces resuelven casos en los que el Derecho es cierto consideremos que usan “habilidades jurídicas” aplicando el Derecho. La tesis de las fuentes, según Raz, explica estas distinciones. Porque de acuerdo con esta tesis, en palabras de Raz, “el [D]erecho en cuestión es cierto cuando fuentes jurídicamente obligatorias proporcionan su solución. En tales casos se dice de los jueces que aplican el [D]erecho y, en virtud de que está basado en una fuente, su aplicación supone habilidades jurídicas técnicas para razonar a partir de tales fuentes sin recurrir a su sensibilidad moral. Si una cuestión jurídica no está resuelta por estándares derivados de fuentes jurídicas, entonces se carece de una respuesta jurídica –el [D]erecho en cuestión es incierto-. Al decidir tales casos los tribunales inevitablemente establecen nuevos fundamentos (jurídicos) y las decisiones judiciales desarrollan el [D]erecho (al menos en los órdenes jurídicos basados en el sistema de precedentes). Naturalmente, sus decisiones en dichos casos se basan, al menos

¹⁵⁰ J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas” (1979), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 86.

¹⁵¹ J.L. RODRÍGUEZ, “El razonamiento jurídico y las fuentes sociales del Derecho”, *Analisi e diritto* 2002-2003, s.n., pp. 275-296, en especial p. 278.

¹⁵² J. RAZ, “Derecho y valor en la decisión judicial”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 227-261, en especial p. 227.

parcialmente, en consideraciones morales y otras de tinte extra-jurídico”¹⁵³. Este, sin embargo, como ya se dijo no es el único argumento para aceptar la tesis de las fuentes.

Un segundo argumento, según Raz, “muestra que las distinciones y la tesis de las fuentes que las explica ayudan a identificar una subyacente función fundamental del [D]erecho: el proveer estándares públicamente determinables por medio de los cuales los miembros de la sociedad, se considera, están obligados toda vez que ellos no pueden excusar su no-conformidad rechazando la justificación de los estándares [...] Ésta es la razón por la cual diferenciamos cuando los tribunales aplican el [D]erecho, *i.e.* aquellos estándares que son públicamente determinables y que obligan por encima de cualquier argumento moral a los litigantes, de la actividad de los tribunales al desarrollar el [D]erecho, fundamentándose en consideraciones morales y en otras consideraciones racionales. Al hacer de esto un criterio de identificación del [D]erecho, la tesis de las fuentes lo identifica como un ejemplo de un tipo de institución humana de importancia decisiva en la regulación de la vida social”¹⁵⁴. Hasta aquí la versión fuerte de la tesis social o bien, tesis de las fuentes¹⁵⁵, que como ya se dijo es el núcleo de la variedad de positivismo jurídico excluyente de Raz. Ya señalé algunos argumentos que Raz aporta para mostrar la plausibilidad de esta tesis. Sin embargo, creo que el más interesante es la tesis de la autoridad.

1.2.La tesis de la autoridad

Considero que está justificado referirme a esta tesis, porque es verdad que “la caracterización raziana del [D]erecho no puede entenderse si no es a partir de su análisis de la idea de autoridad legítima”¹⁵⁶. Además, creo que no debe perderse de vista que conforme a la teoría de Raz el hecho de “que el [D]erecho pretenda autoridad legítima (y no sea concebible ni inteligible sin esa pretensión) proporcionaría la base para un

¹⁵³ J. RAZ, “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, *cit.*, p. 70.

¹⁵⁴ *Idem.*, pp. 72 y 73.

¹⁵⁵ Sobre la versión fuerte de la tesis social o bien, tesis de las fuentes, véanse A. RÓDENAS, *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, *cit.*, pp. 5 y 6; J. RUIZ MANERO, *Entrevista con Joseph Raz*, *cit.*, pp. 340 y 342; y S. STOLZ da SILVEIRA, *El positivismo jurídico exclusivo...*, *cit.*, p. 30.

¹⁵⁶ J.C. BAYÓN MOHÍNO, “Razones y reglas: Sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 25-66, en especial p. 25.

argumento en favor”¹⁵⁷ de la tesis de las fuentes. A este respecto, por ejemplo, se ha dicho que “es el propio Raz el que ha considerado que la tesis de la autoridad respalda la tesis de las fuentes sociales del [D]erecho, de manera que sirve como instrumento teórico útil para rechazar las teorías que incorporan al [D]erecho criterios morales de validez”¹⁵⁸.

Pues bien, la tesis de *The Authority of Law*¹⁵⁹ es precisamente aquella que “considera al [D]erecho como un sistema que pretende autoridad”¹⁶⁰. El análisis de la autoridad no puede, dice Raz, reducirse a la determinación de las condiciones en las que se tiene autoridad legítima o bien, autoridad efectiva. El análisis debe consistir además en identificar qué es tener autoridad. Esto, según Raz, “sugiere que la autoridad es una habilidad para realizar ciertos tipos de acción”¹⁶¹ o, como se dirá más adelante, para Raz, “tener autoridad sobre los hombres es tener poder normativo”¹⁶². La autoridad es un concepto práctico. Lo que quiere decir que las cuestiones de quién tiene autoridad y sobre quién se tiene autoridad son prácticas, esto es, nos dicen qué debemos hacer. Los enunciados de que alguien tiene autoridad sirven como premisas en inferencias prácticas. Por ello, el análisis de la autoridad, dice Raz, además de lo ya señalado debe explicar cómo aquel tipo de enunciados pueden figurar en inferencias prácticas. Dicho esto, expondré a continuación algunos aspectos del análisis de Raz sobre la autoridad.

La autoridad, para Raz, “es la aptitud para cambiar razones para actuar”¹⁶³. Pues, según Raz, “es cierto que aceptar la autoridad inevitablemente implica abandonar su derecho a actuar según su propio juicio sobre la balanza de razones. Esto implica aceptar una razón excluyente”¹⁶⁴. Para explicar la tesis de la autoridad de Raz es necesario hacer referencia a su tesis de las razones excluyentes. En *The Concept of a Legal System*¹⁶⁵, por ejemplo, Raz sostiene que uno de los rasgos de las normas es que son cierto tipo de razones para actuar. Sin embargo, en toda situación las normas son únicamente una de las razones para actuar. Esto quiere decir que el efecto y el peso de las normas se verán

¹⁵⁷ Ídem., p. 35.

¹⁵⁸ R.M. JIMÉNEZ CANO, *Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)*, cit., p. 101.

¹⁵⁹ J. RAZ, *La autoridad del Derecho...*, cit.

¹⁶⁰ J. RAZ, “Prefacio a la edición española” (1981), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 5.

¹⁶¹ J. RAZ, “La autoridad legítima” (1978), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 17-44, en especial p. 21 (J. RAZ, “La autoridad legítima”, publicado en Bronaugh, R. (Ed.) *Philosophical Law: Authority, Equality, Adjudication, Privacy*, Westport, Connecticut, Greenwood, 1978, pp. 6-31 (Contributions in Legal Studies No. 2)).

¹⁶² Ídem., p. 22.

¹⁶³ Ídem., p. 31.

¹⁶⁴ Ídem., p. 42.

¹⁶⁵ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., pp. 240 y 241.

afectados por otros hechos que también son razones para la acción. Hechos que en ocasiones incrementan, disminuyen o, incluso, contradicen el efecto de las normas. De este modo, en ciertos casos, es aceptado que la existencia de una disposición jurídica no es una razón decisiva para actuar como esta prescribe. Raz pone el ejemplo de una regla moral que contradice una disposición jurídica, haciendo que esta última sea ignorada por la población. Esto sin embargo no quiere decir, apunta Raz, que la disposición jurídica no exista. No obstante estas ideas avanzadas en la obra de referencia, es en *Practical Reason and Norms*¹⁶⁶ donde Raz desarrolla la tesis de las razones excluyentes.

En efecto, la tesis central de ese libro es que algunas reglas son razones para la acción de un tipo especial, y que existen otras reglas que están lógicamente relacionadas con tales razones. Para explicar esta tesis, lo primero que dice Raz es que usamos razones al explicar, valorar o guiar la conducta de las personas. Pero estas razones sólo cuando son entendidas como hechos tienen significado normativo, es decir, determinan lo que se debe hacer. De forma normal, según Raz, pensamos en una razón para la acción precisamente como una razón para que una persona realice algo en determinadas condiciones. La realización de ese “algo” puede entenderse como un hecho, y de este modo puede considerarse que las razones son relaciones entre hechos. Estas razones, por otro lado, tienen una dimensión de fuerza. Lo que quiere decir que algunas razones serán más fuertes o tendrán mayor peso que otras. Por ello, en caso de conflicto entre razones, la más fuerte superará a la más débil. Una razón será más fuerte que otra, si todas las razones implicadas por ella superan a todas las razones implicadas por la otra razón en conflicto. De este modo, la tesis de Raz, en sus palabras, “es que debemos distinguir entre razones para la acción de primer orden y razones para la acción de segundo orden y que los conflictos entre razones de primer orden se resuelven por medio de la fuerza relativa de las razones en conflicto, pero que esto no es verdadero por lo que se refiere a los conflictos entre razones de primer orden y razones de segundo orden”¹⁶⁷. Qué explica la fuerza de estas razones es algo a lo que me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa apuntar que estas últimas, es decir, las razones de segundo orden son razones para actuar o para abstenerse de actuar por una razón. De este modo una razón excluyente es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna razón. Pero volvamos al caso de conflicto entre razones de primer orden y razones de segundo orden. Ya se dijo

¹⁶⁶ J. RAZ, *Razón práctica y normas* (1975), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975).

¹⁶⁷ Ídem., p. 40.

que estos conflictos no se resuelven por la fuerza de las razones sino, según Raz, “en virtud de un principio general del razonamiento práctico que determina que las razones excluyentes prevalecen siempre cuando están en conflicto con razones de primer orden”¹⁶⁸.

Ya señalé que para Raz las reglas son razones para la acción. Y apunté que las reglas dictadas por una autoridad, según Raz, son de un tipo especial, y su análisis integra la explicación de la naturaleza de la autoridad¹⁶⁹. Aquí la relación entre las tesis de la autoridad y de las razones excluyentes. Pues, según Raz: “[p]ara comprender lo que es que una persona posea autoridad se debe comprender lo que es que otra persona considere que la primera posee autoridad. Una persona posee autoridad si otras personas consideran que posee autoridad o si deben considerarlo así. Considerar que una persona posee autoridad es considerar al menos a algunas de sus órdenes u otras expresiones de sus opiniones sobre lo que debe hacerse (por ejemplo, su consejo) como instrucciones autoritativas y, por consiguiente, como razones excluyentes”¹⁷⁰. Considerar que alguien tiene autoridad quiere decir que algunas de sus manifestaciones son autoritativas, aunque sean incorrectas a partir de un balance de razones. Esto significa, para Raz, “que una manifestación autoritativa es considerada como una razón excluyente. Decir que una persona es una autoridad es decir que su palabra se toma como una razón excluyente, o que es, sin más, una razón excluyente, es decir, que se debe, que hay razones, para considerarla como tal”¹⁷¹. El desarrollo de la tesis de las razones excluyentes hasta aquí expuesto se complementa con lo sostenido por Raz en *The Authority of Law*¹⁷².

En efecto, en esa obra, Raz señala que una razón para actuar por una razón es una razón de segundo orden positiva. En cambio, una razón de segundo orden negativa es una razón para abstenerse de actuar por una razón. En ocasiones, dice Raz, un mismo hecho es a la vez una razón para actuar y una razón excluyente para no tomar en cuenta las razones en contra. Estos hechos son denominados aquí por Raz “razones protegidas”. Lo que quiere decir que las reglas: “[a]demás de ser razones excluyentes para no actuar sobre la base del balance de razones de primer orden, suelen ser simultáneamente razones de

¹⁶⁸ Ídem., p. 45.

¹⁶⁹ En contra, véase R. CHANG, “Raz on Reasons, Reason and Rationality: On Raz’s *From Normativity to Responsibility*”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, s.n., 2013, pp. 1-21.

¹⁷⁰ J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., p. 71.

¹⁷¹ Ídem., p. 73.

¹⁷² J. RAZ, *La autoridad del Derecho*, cit.

primer orden para realizar el acto normativo exigido. Raz denomina *razón protegida* a esta combinación sistemática de una razón para realizar el acto exigido y una razón excluyente para no actuar por ciertas consideraciones”¹⁷³. O, dicho en otros términos: “[u]na norma sería para Raz una razón protegida en el sentido de que combinaría una razón de primer orden para llevar a cabo cierta acción y, al propio tiempo, una razón excluyente que exige dejar de lado otras razones de primer orden en conflicto con la primera”¹⁷⁴. De este modo otra relación entre las tesis de la autoridad y de las razones excluyentes o protegidas, es que Raz define “el poder normativo como aptitud para cambiar razones protegidas. Más precisamente, un hombre tiene poder normativo si puede, por una acción suya, ejercer poder normativo. Un acto es ejercicio de poder normativo si hay razón suficiente para considerarlo como una razón protegida o como cancelando una razón protegida y si la razón para considerarlo así es que es deseable habilitar personas para cambiar, por tales actos, razones protegidas si quieren hacerlo”¹⁷⁵.

Esta explicación de Raz sobre las razones excluyentes o protegidas le permite sostener la tesis de que “es un rasgo esencial del [D]erecho que pretenda autoridad legítima”¹⁷⁶. De este modo, continúa Raz, el “[D]erecho se presenta como un conjunto de patrones *autoritativos* y requiere de todos aquellos a los que se aplica que reconozcan su validez”¹⁷⁷. Pero esta pretensión de autoridad del Derecho debe ser entendida en dos niveles. En palabras de Raz: “[e]n el primer nivel consta sólo de las normas que han sido aceptadas o dictadas por las autoridades políticas del país. Pero, y éste es el segundo nivel, consta sólo de aquellas normas cuya aplicación se confía a las instituciones de aplicación del Derecho (a las que [ha] llamado primarias)”¹⁷⁸. Así, vemos la relación entre el carácter institucional del Derecho y la tesis de la autoridad. Pero creo que conviene seguir con la exposición de esta última idea. Según Raz, aceptamos que: “[e]l [D]erecho tiene autoridad si la existencia de una norma jurídica que requiere cierta acción es una razón protegida para realizar tal acción; *i.e.* una norma jurídica es *autoritativa* si su existencia es una razón para realizar una acción y para excluir consideraciones en contra. “Razón” significa aquí

¹⁷³ A. RÓDENAS, *Razonamiento judicial y reglas* (2000), Fontamara, 1ª reimp., México, 2004, p. 26.

¹⁷⁴ J.L. RODRÍGUEZ, “Normas y razones: Un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 13, 2012, pp. 127-145, en especial p. 135.

¹⁷⁵ J. RAZ, “La autoridad legítima” (1978), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 33.

¹⁷⁶ J. RAZ, “Las pretensiones del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 45-51, en especial p. 47.

¹⁷⁷ *Idem.*, p. 51.

¹⁷⁸ J. RUIZ MANERO, *Entrevista con Joseph Raz*, cit., p. 336.

una razón válida o justificable, puesto que es la autoridad legítima del [D]erecho la que es así definida. El [D]erecho goza de autoridad si, como vimos, sus súbditos, o algunos de ellos, consideran su existencia como una razón protegida para obedecer”¹⁷⁹.

Como se acaba de decir, para Raz, el Derecho pretende autoridad legítima. Pero conviene desarrollar esta idea de pretensión. En este sentido, Raz afirma que “el [D]erecho, *i.e.* la existencia de la norma jurídica relevante, sostiene, por sí mismo, ser una razón que inclina la balanza y proporciona una razón suficiente para el acto requerido. La manera de interpretar el hecho de que la obediencia es requerida aún en ausencia de otras razones para ello es que el propio [D]erecho se presenta como tal razón. No importa si la conformidad es motivada por el reconocimiento de tal pretensión. Lo que importa es la naturaleza de tal pretensión [...] La pretensión de autoridad legítima del [D]erecho no es meramente la pretensión de que las normas jurídicas son razones. Contiene la pretensión de que son razones excluyentes para pasar por alto razones para la no conformidad”¹⁸⁰. Dicho de otra forma, se ha sostenido que, para Raz: “[e]l carácter autoritario del [D]erecho se sigue de su propia pretensión autoritativa, en tanto el [D]erecho reclama para sí autoridad y sus disposiciones positivas son vinculantes para sus destinatarios sin posibilidad de tematización acerca de su corrección”¹⁸¹ como ya se vio. Aquí creo que sería interesante relacionar estas ideas sobre la tesis de la autoridad de Raz con el tema de la obediencia al Derecho.

Estimo que por lo expuesto hasta ahora es posible sostener que conforme a la teoría de Raz no existe obligación de obedecer el Derecho. Esta es, de hecho, su tesis¹⁸². Es aceptado, dice Raz, que no existe una obligación absoluta o concluyente de obedecer el Derecho, pero él sugerirá que incluso no existe una obligación *prima facie* de obedecerlo. En este sentido, Raz argumentará que no existe obligación de obedecer el Derecho, incluso, si se trata de una sociedad buena y de un sistema jurídico justo¹⁸³. El argumento de Raz es “que el [D]erecho es bueno si incorpora razones de prudencia para

¹⁷⁹ J. RAZ, “Las pretensiones del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, *cit.*, p. 46.

¹⁸⁰ *Ídem.*, pp. 47 y 48.

¹⁸¹ E. PEREIRA FREDES, “La Teoría del Derecho como posibilidad: Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de Derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 17, 2012, pp. 83-104, en especial p. 95.

¹⁸² J. RAZ, “La obligación de obedecer el Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, *cit.*, pp. 289-308, en especial p. 289.

¹⁸³ J. RAZ, “Autoridad y consentimiento”, trad. de M.D. Farrell y C.S. Nino, en VV.AA., *El lenguaje del Derecho: Homenaje a Genaro R. Carrió*, compilación de E. Bulygin *et al*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 391-424, en especial p. 391; e *Id.*, “El respeto por el Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, *cit.*, pp. 309-321, en especial p. 309.

actuar cuando y donde es aconsejable y si indica ciertos estándares como socialmente requeridos cuando es apropiado hacerlo. Si el [D]erecho lo hace propiamente, entonces refuerza la protección de posibilidades e intereses moralmente valiosos y estimula y apoya formas valiosas de cooperación social, pero ninguna de estas técnicas jurídicas, aun cuando sean admirablemente usadas, origina una obligación de obedecer el [D]erecho. Tiene sentido juzgar el [D]erecho como una útil e importante institución social y juzgar un sistema jurídico bueno o, incluso, perfecto, aunque se niegue la existencia de una obligación de obedecer sus disposiciones jurídicas”¹⁸⁴.

El resultado de negar la existencia de una obligación de obedecer el Derecho, según Raz, puede ser no tener actitud moral general alguna hacia el Derecho. Lo cual, para Raz, es moralmente permitido. Cuestión distinta es, por ejemplo, el respeto por el Derecho. Aquí el argumento de Raz es que “existe una actitud hacia el [D]erecho, generalmente conocida como el respeto por el [D]erecho, que aquellos que la tienen poseen una razón general de obedecer el [D]erecho, que su razón es su actitud, el hecho de que ellos efectivamente respetan el [D]erecho y que es moralmente permitido respetar el [D]erecho en esta forma (salvo que sea un sistema jurídico generalmente perverso)”¹⁸⁵. El respeto por el Derecho, para Raz, aunque no lo explica, es una actitud compleja. Esta tiene dos componentes. Se trata del “respeto cognoscitivo” y del “respeto práctico”. El primero, es decir, el respeto cognoscitivo consiste en el conocimiento del valor moral del Derecho. Y el segundo, esto es, el respeto práctico es una inclinación por obedecer el Derecho porque es correcto obedecerlo como una cuestión de principio moral. Entendido a partir de estos dos componentes, para Raz, “el respeto es, por sí mismo, una razón para la acción. Aquellos que respetan el [D]erecho tienen razones que otros no tienen. Estas son razones expresivas. Ellos expresan su respeto por el [D]erecho al obedecerlo, al respetar las instituciones y los símbolos relacionados con él y al evitar cuestionarlo en toda ocasión”¹⁸⁶. Hasta aquí algunas ideas sobre la postura de Raz al respecto de la obediencia y el respeto por el Derecho, que a mi forma de ver las cosas complementan su explicación sobre la tesis de la autoridad¹⁸⁷. Pero como ya se dijo lo interesante es mostrar que esta última, es decir, la tesis de la autoridad proporciona un argumento en favor de la

¹⁸⁴ J. RAZ, “La obligación de obedecer el Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 308.

¹⁸⁵ J. RAZ, “El respeto por el Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 309.

¹⁸⁶ Ídem., p. 318.

¹⁸⁷ En contra, véase D.H. REGAN, “Authority and Value: Reflections on Raz’s *Morality of Freedom*”, *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, pp. 995-1095, en especial p. 1001.

tesis de las fuentes. Quizás lo primero en que convenga insistir es que, para Raz: “[l]as fuentes del [D]erecho son razones para actuar”¹⁸⁸. La relación entre las tesis de la autoridad y de las fuentes se ha explicado sosteniendo, por ejemplo, que: “[s]i un sistema jurídico existe habrá de poseer autoridad *de facto*. Lo que es tanto como decir –siempre a juicio de Raz– que *pretende* autoridad legítima. Esta idea es verdaderamente central dentro del proyecto raziano: por un lado, permitiría captar la naturaleza misma del [D]erecho como sistema normativo institucionalizado; por otro, ofrecería la base necesaria para preferir una tesis determinada entre las varias manejadas por la teoría jurídica acerca de la cuestión de la identificación de una norma como parte del [D]erecho”¹⁸⁹, que para Raz como se vio no es otra más que la tesis de las fuentes.

La tesis de la autoridad proporciona un argumento en favor de la tesis de las fuentes. Este viene a decir que: “[l]o característico entonces de los genuinos sistemas normativos institucionalizados –entre los cuales los más importantes serían los sistemas jurídicos– sería la presencia en ellos de lo que Raz denomina <órganos primarios>, entendiendo por tales un cierto tipo especial de instituciones definido por la concurrencia de dos requisitos (o, si se quiere, por el funcionamiento combinado de dos tipos de relaciones de autoridad). En primer lugar, dichos órganos resuelven conflictos con arreglo a criterios especificados de antemano y provenientes de una o más fuentes a las que consideran dotadas de autoridad, lo que es tanto como decir que aceptan una justificación para no basar sus decisiones directamente en su propio criterio acerca de las razones de orden general aplicables al caso, sino en las directivas emitidas por cierta(s) autoridad(es) legisladora(s). Y en segundo lugar, los órganos primarios son considerados a su vez como autoridades por otros órganos diferentes que imponen o ejecutan las decisiones de aquéllos, aceptando por su parte una justificación para limitarse a ejecutarlas postergando su propio juicio no sólo acerca de lo que exigen las razones directamente aplicables al caso, sino también acerca de lo que exigirían en cada ocasión las directivas emitidas por las autoridades legisladoras y que los órganos primarios toman como base de sus decisiones”¹⁹⁰.

¹⁸⁸ J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas” (1979), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, *cit.*, p. 90.

¹⁸⁹ J.C. BAYÓN MOHÍNO, *Razones y reglas...*, *cit.*, p. 32.

¹⁹⁰ *Ídem.*, pp. 33 y 34.

Hasta aquí la variedad de positivismo jurídico excluyente de Raz. Recuérdese que en este apartado estoy formulando un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión excluyente. Por ello, será interesante señalar si el positivismo jurídico hartiano es lo mismo que la variedad de positivismo jurídico excluyente de Raz o bien, determinar en qué difiere. Raz es un autor positivista. Las influencias filosóficas de Raz son el positivismo jurídico y la filosofía analítica del lenguaje ordinario. Efectivamente, hablando por ejemplo de *The Concept of a Legal System*¹⁹¹, se ha sostenido que: “[e]n cuanto a la [F]ilosofía del [D]erecho se aprecia una marcada influencia de H.L.A. Hart (el libro se basa en una tesis doctoral escrita bajo la supervisión de éste) y una omnipresencia de la doctrina de Kelsen (la más de las veces reformulada). Detrás de las concepciones de Raz sobre norma y conducta humana se percibe la presencia de Georg Henrik von Wright”¹⁹². En efecto, como el propio Raz lo dice *The Concept of a Legal System*¹⁹³ “se basa en una tesis doctoral presentada en la Universidad de Oxford”¹⁹⁴ bajo la dirección de Hart.

En el capítulo primero, por otro lado, señalé que el planteamiento de Hart es una teoría general y descriptiva del Derecho. Hablando de la Teoría del Derecho, Raz, en respuesta a Ruiz Manero, señala: “[u]sted [Ruiz Manero] dice que Hart no considera a su teoría como una teoría justificatoria. Esto es verdad, y [se] aventuraría a añadir que con razón por su parte. Una teoría sobre la naturaleza del Derecho no debe ser una teoría justificatoria, si ello quiere decir una teoría que justifique alguna acción. Todo lo que debe hacer es explicar (justificar una manera de comprender, si usted quiere) el Derecho. Pero para hacer esto debe explicar que los jueces y otras personas consideran al Derecho como justificatorio, y de qué forma lo consideran así, de qué forma está presente el Derecho en su razonamiento práctico. Debe hacerlo así porque es un rasgo esencial del Derecho el que éste pretende ser una razón para la acción y porque, si nos referimos a cualquier sistema jurídico en vigor, esta pretensión es reconocida por las instituciones jurídicas”¹⁹⁵.

¹⁹¹ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit.

¹⁹² R. TAMAYO Y SALMORÁN, “Prólogo”, a J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., pp. 9-13, en especial p. 11.

¹⁹³ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit.

¹⁹⁴ J. RAZ, “Prefacio”, a *Id.*, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., p. 15.

¹⁹⁵ J. RUIZ MANERO, *Entrevista con Joseph Raz*, cit., p. 331.

De este modo creo que es posible sostener que Raz, al igual que Hart, admite que la Teoría del Derecho es general y descriptiva.

Señalé en el capítulo primero que el núcleo de la teoría de Hart está conformado por las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad judicial. En relación con la postura de Raz sobre esta última idea, ya se dijo que Raz rechaza la tesis de la incorporación. Apunté que esto es así porque si esta tesis fuera verdadera, es decir, si el Derecho incorporara consideraciones morales, no podría pretender autoridad como lo dice la tesis de Raz, pues dichas consideraciones serían válidas independientemente de lo que la autoridad establezca. De este modo por razones conceptuales, para Raz, el Derecho no puede incorporar el razonamiento moral. Pero qué sucede entonces cuando en los textos jurídicos encontramos consideraciones morales. Se ha sostenido que, de acuerdo con la teoría de Raz, en estos casos “los jueces gozan de *discreción* para completar o cambiar el [D]erecho de acuerdo con la moralidad. Raz [...] distingue entre el razonamiento para establecer el contenido del [D]erecho, sujeto a la tesis de las fuentes, y el razonamiento con arreglo al [D]erecho, que puede recurrir el recurso de los jueces a las razones morales”¹⁹⁶. No creo que sea necesario detenerme aquí en alguna objeción¹⁹⁷ que se ha formulado a esta distinción de Raz entre razonamiento para establecer el Derecho y razonamiento con arreglo al Derecho. Me interesa, en cambio, señalar que conforme a la teoría de Raz la tesis de las fuentes explica la tesis de la discrecionalidad. Efectivamente, en palabras de Raz: “[e]l punto de vista de la tesis de las fuentes consiste no en que los tribunales nunca se basen en consideraciones sin fuentes, sino que cuando lo hacen no se están basando en consideraciones jurídicamente obligatorias sino que actúan discrecionalmente”¹⁹⁸. En la mayor parte de los sistemas jurídicos, apunta Raz, los tribunales conocen algunos casos en los que no existe una solución clara en las disposiciones jurídicas. Los tribunales tienen el deber de usar las disposiciones jurídicas que son aplicables a un caso, y obran discrecionalmente para dar respuesta a casos que parcialmente no se encuentran regulados. Estos son casos en que las disposiciones jurídicas no establecen una solución clara o bien, los tribunales tienen el poder de cambiar el Derecho. En este sentido, en palabras de Raz: “[a] través del precedente obligatorio, el uso de la facultad discrecional, frecuentemente conduce a

¹⁹⁶ J.J. MORESO MATEOS, *La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*, cit., p. 299.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas” (1979), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 82.

la creación de nuevas disposiciones jurídicas. La facultad discrecional del tribunal, para resolver conflictos no previstos, puede ser absoluta o guiada. Una disposición jurídica puede señalar la manera en que esta facultad debe ser ejercida. Una disposición jurídica puede, por ejemplo, indicar a los jueces aplicar la disposición jurídica que consideren mejor para tales casos, pronunciar una decisión que pueda ser la mejor desde el punto de vista de las partes o, bien, puede permitir a los jueces consultar su conciencia o las obras de los moralistas”¹⁹⁹.

El sistema jurídico, dice Raz, tiene dos tipos de disposiciones últimas. El primero está conformado por las disposiciones que indican a los tribunales qué disposiciones jurídicas son aplicables. Y el segundo tipo está integrado por las disposiciones jurídicas que guían la facultad discrecional del tribunal en la resolución de casos parcialmente no regulados. De este modo, según Raz: “[l]as disposiciones jurídicas del primer tipo son reglas de reconocimiento, las del segundo tipo son reglas últimas de discrecionalidad. Ambas imponen deberes a los tribunales, pero las reglas de reconocimiento obligan a los tribunales a aplicar ciertas disposiciones jurídicas sin dejarle ninguna oportunidad de escoger qué normas aplicar. Por el contrario, las reglas de discrecionalidad, sean últimas o no, meramente guían la facultad discrecional de los tribunales al escoger la disposición jurídica que se va a adoptar y a aplicar. Ellas limitan la libertad de escoger, pero no privan de ella a los tribunales”²⁰⁰.

Creo que es posible sostener que Raz, al igual que Hart, admite la tesis de la discrecionalidad y el poder de creación de Derecho del juez. La tesis de la discrecionalidad, para Raz, ya se dijo que se explica a partir de la tesis de las fuentes. Y es posible sostener también que Raz, así como Hart, explica la discrecionalidad judicial a partir de la tesis de la indeterminación parcial del Derecho²⁰¹. Ya señalé que el planteamiento de Raz, al igual que el de Hart, es una teoría general y descriptiva del Derecho. Y como se acaba de decir, creo que Raz, así como Hart, admite la tesis de la discrecionalidad. Esta, sin embargo, como se sabe no es la única idea que conforma el

¹⁹⁹ J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos” (1971), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 105-134, en especial p. 127 (J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos”, *California Law Review*, vol. 59, núm. 3, mayo de 1971, pp. 795-815) (Este texto se publicó además como J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, núm. 19, pp. 139-163).

²⁰⁰ Ídem., p. 128.

²⁰¹ J. RAZ, “Derecho y valor en la decisión judicial”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 243.

núcleo del positivismo jurídico hartiano, pues lo son también las tesis de las fuentes sociales y de la separación conceptual entre Derecho y moral. Pero antes de referirme a la postura de Raz, en comparación con la de Hart, sobre estas tesis, creo que sería interesante hacer una breve referencia a algunas de las objeciones que se han formulado a una de las ideas clave de la teoría de Raz. Me refiero a la tesis de la autoridad.

Una primera objeción es que, con la afirmación de la tesis de la autoridad, Raz deja de lado la primacía conceptual de los participantes. Esta objeción es sostenida, por ejemplo, por P. Gaido. Raz, dice Gaido, considera que en la elucidación del concepto de Derecho el punto de vista de los participantes tiene primacía conceptual. Para Gaido, Raz “al momento de establecer a la pretensión de autoridad legítima como una propiedad necesaria del [D]erecho, contradice este compromiso teórico inicial –esto es, deja a un lado la primacía conceptual de los participantes-, sin ofrecer razones que permitan explicar ni justificar tal cambio de perspectiva”²⁰². Y es que además, Raz, según Gaido: “[a]l sostener que el [D]erecho pretende una autoridad de la que puede carecer, el autor deja de lado la tesis de la prioridad conceptual de los participantes, y formula un concepto de [D]erecho alternativo, dejando su teoría vulnerable a las objeciones que él mismo presenta respecto de las empresas teóricas que no se limitan tan sólo a la elucidación conceptual”²⁰³.

Otras de las objeciones a la tesis de la autoridad de Raz son, por ejemplo, las sostenidas por J.L. Coleman. Coleman reseña que la tesis de la autoridad ha sido interpretada como característica del positivismo jurídico excluyente, en contraste con el positivismo jurídico incluyente. Para Coleman, este es un error. Esto es así, porque, según Coleman: “[e]l argumento de la autoridad procede de una afirmación acerca del concepto de Derecho, y si es correcta, establece una afirmación acerca de la naturaleza del Derecho, y no una afirmación acerca de la naturaleza del positivismo jurídico. El argumento de la autoridad no está diseñado para defender ni para definir al positivismo, pero revela algo verdadero e importante acerca del Derecho. En todo caso, establece que el Derecho debe ser como los positivistas jurídicos dicen que es. Su conclusión no es que el positivismo jurídico incluyente sea una versión inadecuada de positivismo jurídico. Si es correcta, su conclusión es que el positivismo jurídico incluyente es una Teoría del Derecho

²⁰² P. GAIDO, “El privilegio conceptual de los participantes en la teoría de Joseph Raz”, *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 149-164, en especial p. 150.

²⁰³ Ídem., p. 164.

inadecuada”²⁰⁴. La postura de Coleman sobre el positivismo jurídico incluyente ya fue analizada en el capítulo anterior, por lo que aquí no es necesario reproducirla. Prefiero, en cambio, continuar con la exposición de algunas de las objeciones de Coleman a la tesis de la autoridad de Raz.

Coleman, por ejemplo, objeta que “no es claro que la afirmación de ser una autoridad legítima sea un aspecto de nuestro concepto de Derecho y entonces no es necesariamente verdad. Incluso es menos claro que tal afirmación sea distintiva del Derecho; y no hay razón para suponer que es única al Derecho”²⁰⁵. Además, y de aquí otra objeción de Coleman, “el argumento de la autoridad descansa en una concepción particular de la autoridad, y no en el concepto de autoridad en sí. Raz afirma que su “concepción de servicio” de la función de las autoridades [...] elucida nuestra noción ordinaria de autoridad [...] Para Raz, la autoridad es una relación entre razones y personas. Porque Raz ve las autoridades mediando entre personas y las razones para aplicarlas a ellas, eso no debe llevar a sorprendernos de que él considere la legitimidad de la autoridad como determinada por la concepción de servicio [A Coleman le] preocupa que la concepción de servicio no captura la noción ordinaria de autoridad, la que para [él] es una relación primaria entre personas (e instituciones y personas) y no una relación entre razones y personas. La afirmación de la autoridad es [...] entendida en términos de una relación de posición. Quien tiene una posición de autoridad en una particular relación, no una razón, con otras personas. Tener autoridad es tener una posición. Esa posición está constituida por diversos poderes, dependiendo en parte del tipo de posición que sea. En el caso de una autoridad política, es una posición para establecer directivas que cambian según quien tenga autoridad para ello”²⁰⁶. No es necesario, sin embargo, desarrollar aquí la tesis de la autoridad de Coleman. Pues, como ya se dijo, sólo me interesaba prestar atención a algunas de las objeciones que se han formulado a la teoría de Raz y, en concreto, a su tesis de la autoridad.

Recuérdese que en este apartado estoy formulando un argumento para mostrar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión excluyente de Raz. Ya mostré la concepción de Raz sobre la Teoría del Derecho, así como su postura sobre la tesis de la discrecionalidad. A

²⁰⁴ J.L. COLEMAN, *Beyond Inclusive Legal Positivism*, cit., p. 370.

²⁰⁵ Ídem., p. 372.

²⁰⁶ Ibidem.

continuación, me referiré a las tesis de las fuentes sociales y de la separación conceptual entre Derecho y moral en la obra de Raz. En relación con la primera, diré que no veo diferencia alguna entre la tesis de las fuentes sociales de Hart y la tesis de las fuentes de Raz, pues ambas afirman que el Derecho es un producto humano. Y al respecto de la segunda, creo que conviene insistir en que en el capítulo primero señalé que la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral arguye que, aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la moral, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. En mi opinión, Raz admite esta tesis. Para mostrar que esto es así creo que conviene distinguir entre moral social y moral objetiva, sin que sea necesario referirme a la moral individual en la teoría de Raz²⁰⁷.

Pues bien, para Raz la moral social no representa problema alguno para una teoría positivista, pues la moral social no es otra cosa más que hechos sociales y, por tanto, que las exigencias de la moral social coincidan con las exigencias jurídicas no vulnera las tesis de las fuentes ni de la separación conceptual entre Derecho y moral. En relación con la moral objetiva, creo que para la teoría de Raz tampoco representa problema alguno. Esto es así porque como se vio Raz rechaza la tesis de la incorporación y con ello al positivismo jurídico incluyente. Recuérdese que para Raz el hecho de que una disposición jurídica remita a la moral (objetiva) no hace que esta se incorpore al Derecho. Raz explica la obligatoriedad o no de la moral (objetiva) a partir de las reglas de conflicto. Estas ideas le permiten sostener que la existencia e identificación del contenido del Derecho dependen de hechos sociales y no de un argumento moral o, dicho de otra forma, la determinación de la validez jurídica es independiente de un argumento moral, que no debe perderse de vista que es la afirmación central del positivismo jurídico excluyente. Creo, por otro lado, que Hart admite estas ideas.

Digo esto porque a pesar de que en el capítulo primero concluí que Hart cedió frente a la crítica de Dworkin, al conceder que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido. Señalé que con ello Hart no se refiere a la moral objetiva. De este modo es posible sostener que Hart, a pesar de esta concesión, lejos de inscribirse en la versión incluyente acepta la excluyente. Lo que quiero decir es que una de mis conclusiones de este capítulo es que el positivismo jurídico hartiano es una variedad de positivismo jurídico excluyente. Pero recuérdese que estoy

²⁰⁷ T. RAJIVAN EDWARD, "Joseph Raz on the Problem of the Amoralist", *Abstracta*, núm. 1, 2013, pp. 85-93.

formulando un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la teoría de Raz. A este respecto, primero debo reconocer la aportación de Raz a la Teoría del Derecho. Me refiero, por ejemplo, a sus ideas sobre el sistema jurídico y la validez como aplicabilidad a las que prestaré atención en el capítulo quinto, así como a las tesis de las razones excluyentes y de la autoridad antes mostradas. Aunque respecto de esta última idea no deben perderse de vista las objeciones apuntadas. Y que si bien es cierto que como se vio proporciona un argumento en favor de la tesis de las fuentes, no lo es menos que a mi forma de ver las cosas la tesis de la autoridad por sí misma quizás no es Teoría del Derecho.

En fin, lo que quiero decir es que en mi opinión la teoría de Raz es poco original frente al positivismo jurídico hartiano, pues las ideas de una teoría general y descriptiva del Derecho o bien, las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad judicial ya estaban presentes en *The Concept of Law*²⁰⁸ antes que en la obra de Raz. De este modo, creo que es posible avanzar una conclusión del presente capítulo que no es otra más que mi tesis en esta primera parte de la investigación, en el sentido de que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Incluso, como ya se dijo, frente a la teoría de Raz. Aunque como ya señalé la variedad de positivismo jurídico de Raz no es la única en versión excluyente, pues se ha dicho que también lo es el positivismo ético.

2. El positivismo ético

El positivismo ético, también llamado axiológico, normativo, prescriptivo o bien, ideológico, viene a decir que la determinación de la validez jurídica debería ser independiente de un argumento moral²⁰⁹. Pero se ha señalado también que el positivismo ético se trata, en realidad, de una “teoría moral sobre el ejercicio del poder político visto como la actividad de controlar y coordinar de forma moralmente defendible la conducta de un número grande de personas”²¹⁰. En relación con la denominación de este

²⁰⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit.

²⁰⁹ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, cit., p. 15.

²¹⁰ P. RIVAS, *La interpretación del Derecho en el positivismo ético contemporáneo*, cit., p. 75.

planteamiento sobre el Derecho, es decir, positivismo ético, se ha dicho que “pretende demostrar que, al contrario de lo que se suele argüir, el positivismo jurídico no es una teoría insensible al análisis moral de los sistemas jurídicos contestando, por consiguiente, los reproches lanzados desde diferentes ámbitos teóricos y en donde se le acusa al positivismo jurídico de insensibilidad hacia la incorrección moral o mejor, de insensibilidad hacia la inmoralidad o injusticia de un sistema jurídico”²¹¹.

Dentro del positivismo ético debo advertir, por otro lado, que existen también variedades. De este modo creo que la mejor forma de dar cuenta de este planteamiento sobre el Derecho es exponer las posturas de algunos de los autores que se inscriben en esta línea de pensamiento. Para posteriormente considerar el positivismo ético en conjunto, y así estar en posibilidad de responder a si el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a este planteamiento. Pues bien, en este apartado me referiré en primer lugar a las posturas de T. Campbell y F. Atria (2.1.), para después exponer el positivismo normativo de J. Waldron (2.2.). Debo advertir, por otro lado, que se ha sostenido que N. MacCormick es también un representante del positivismo ético. Y aunque en el apartado anterior ya se avanzaron algunos aspectos de su versión de la teoría institucional del Derecho, creo que aquí como ya se dijo convendrá abordar la cuestión de si este planteamiento es una variedad de positivismo ético (2.3.).

2.1.Sobre algunas variedades de positivismo ético: T. Campbell y F. Atria

En este subapartado prestaré atención a las posturas de T. Campbell y F. Atria. Estimo pertinente tratar los planteamientos de estos autores de forma conjunta, pues como se verá más adelante comparten algunas similitudes que lo justifican. Comenzaré por la variedad de positivismo ético de Campbell, aunque conviene avanzar que no me referiré, por ejemplo, a sus ideas sobre Sociología²¹², sino que me concentraré en su postura sobre la Teoría del Derecho. Debo advertir, por otro lado, que a mi forma de ver las cosas está

²¹¹ S. STOLZ da SILVEIRA, “Derecho, derechos y democracia: Un análisis crítico al positivismo ético”, *Direito, Estado e Sociedade*, núm. 34, 2009, pp. 212-230, en especial p. 212.

²¹² T. CAMPBELL, *Siete teorías de la sociedad* (1981), trad. de F. Rodríguez Martín, Cátedra, 3ª ed., Madrid, 1992 (T. CAMPBELL, *Seven Theories of Human Society*, Oxford University Press, 1981).

justificado hablar de la teoría de Campbell en este apartado sobre el positivismo ético. Digo esto porque se ha sostenido, por una parte, que se trata del “autor que con más ahínco ha defendido la necesidad de retomarse los fundamentos teórico-filosóficos de los orígenes del positivismo jurídico anglosajón con el intuito de formular de modo coherente, objetivo y completo las tesis del llamado positivismo ético o normativo”²¹³.

Y por otra, se ha señalado también que Campbell “es quien ha defendido con más empeño y claridad la necesidad de volver a un positivismo de este género. Además, es el único que ha formulado de manera bastante completa las tesis del positivismo ético”²¹⁴. Creo, en fin, que está justificado hablar de algunos aspectos de la teoría de Campbell en este capítulo sobre la versión excluyente, pues en *The Point of Legal Positivism*²¹⁵ señala que su propósito en ese texto es sugerirnos “contemplar el positivismo jurídico como una teoría que recomienda que creamos y sostengamos sistemas jurídicos en los que el Derecho se identifique, se siga y aplique sin recurrir a las opiniones morales de aquellos envueltos en este proceso [Campbell llama] a esta aproximación la [T]eoría del Derecho del positivismo ético”²¹⁶.

El positivismo ético, para Campbell, “es una forma viviente y en evolución del positivismo, más que un instrumento interpretativo. No está constreñido a dotar de sentido, moral o de otro tipo, a la historia del positivismo, sino que pretende enunciar una teoría contemporánea del Derecho satisfactoria”²¹⁷. Lo interesante, sin embargo, será determinar si en efecto esta teoría, por una parte, es satisfactoria y, por otra, si en realidad se trata de una variedad de positivismo jurídico de la versión excluyente. Pero a ello me referiré más adelante, aquí en cambio como ya se dijo me interesa mostrar algunos aspectos de la teoría de Campbell.

Campbell reseña que usualmente el positivismo jurídico es considerado como una teoría analítica, descriptiva y explicativa. Desde este punto de vista, continúa Campbell, el sentido del positivismo jurídico es proporcionar una caracterización del Derecho tal como es en realidad, y no como debe ser. Según Campbell, es posible dudar de este punto

²¹³ S. STOLZ da SILVEIRA, *Derecho, derechos y democracia...*, cit., p. 213.

²¹⁴ P. RIVAS, *La interpretación del Derecho en el positivismo ético contemporáneo*, cit., p. 75.

²¹⁵ T. CAMPBELL, “El sentido del positivismo jurídico” (1999), trad. de A. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 5-66 (T. CAMPBELL, “The Point of Legal Positivism”, *King's College Law Review*, núm. 9, 1999, pp. 63-87).

²¹⁶ Ídem., pp. 13 y 14.

²¹⁷ Ídem., pp. 27 y 28.

de vista si distinguimos entre las prescripciones sobre el contenido del Derecho y las relativas a su forma. Campbell defiende, a partir de esta distinción, “que es esclarecedor y fructífero considerar el positivismo jurídico como una teoría normativa que trata de determinar qué debe ser el Derecho, no respecto de su contenido, sino respecto de su forma”²¹⁸. Por ello, hablando del positivismo ético, se ha sostenido que: “[p]ara este modelo teórico ya no importa más que las tesis positivistas sean conceptuales o descriptivas, sino todo lo contrario. Desde las hileras del positivismo ético se aboga por su carácter prescriptivo, eso es, por los fundamentos morales y políticos por los que vale la pena defender el positivismo jurídico y que están en la base de las afirmaciones sobre el Derecho”²¹⁹.

De hecho, para Campbell, es posible formular algunas objeciones al positivismo jurídico como teoría descriptiva. Pero, en palabras de Campbell: “[e]l escenario cambia sensiblemente si adoptamos el punto de vista de que el sentido del positivismo jurídico no es proporcionar primariamente instrumentos analíticos y descriptivos, sino que directamente tiene que ver con una caracterización de cómo deben ser los derechos y los sistemas jurídicos”²²⁰. Así, el sentido del positivismo jurídico es el de una teoría ética no descriptiva, sino prescriptiva sobre la conducta de ciudadanos, legisladores y jueces, que busca proveer un modelo, así como una justificación del sistema jurídico como un sistema autónomo de reglas como rasgo necesario de todo sistema político aceptable. En palabras de Campbell: “[e]l sentido del positivismo jurídico, así entendido es recomendar que los sistemas jurídicos sean desarrollados de tal forma que se maximicen los beneficios sociales y políticos de tener un sistema de reglas de mandato rápidamente identificable, de tal claridad, precisión y alcance que puedan habitualmente entenderse y aplicarse sin recurrir a juicios morales y políticos controvertidos”²²¹. Esto explica por qué Campbell sostiene que: “[l]a “ética” del positivismo ético no se refiere simplemente a argumentos justificativos en favor de la creación de normas [positivamente] buenas, sino también a la conducta y el método de aquellos que están implicados en la administración de tal sistema”²²². La pregunta, por otro lado, es si el positivismo ético así entendido es una variedad de positivismo jurídico de la versión excluyente o bien, de la incluyente.

²¹⁸ Ídem., pp. 5 y 6.

²¹⁹ S. STOLZ da SILVEIRA, *Derecho, derechos y democracia...*, cit., p. 214.

²²⁰ T. CAMPBELL, *El sentido del positivismo jurídico*, cit., p. 10.

²²¹ Ídem., p. 12.

²²² Ídem., p. 53.

En relación con la versión excluyente, Campbell afirma que: “[d]esde un punto de vista más preciso y fuerte sobre las relaciones conceptuales entre Derecho y moral, llamado “positivismo duro” o “excluyente”, se sostiene que es conceptualmente incoherente para un sistema jurídico incorporar cualquier referencia a la moral en su regla de reconocimiento, esto es, en la lista de fuentes del Derecho que son reconocidas por los tribunales”²²³. Después de analizar la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, así como las versiones incluyente y excluyente del positivismo jurídico, Campbell afirma que: “[e]l positivismo ético presupone el positivismo blando, sosteniendo que un sistema jurídico, con propiedad conceptual, puede incorporar o no la moral dentro de su regla de reconocimiento, pero esta pretensión es secundaria con respecto a su opinión fundamental de que un sistema jurídico no debe incluir criterios morales en la lista autoritativa de las fuentes del Derecho. Esta es una forma prescriptiva, no analítica ni descriptiva, de positivismo jurídico duro o excluyente”²²⁴. O, dicho en otros términos, “el positivismo ético busca corroborar la tesis del positivismo incluyente o inclusivo cuando subraya que un sistema jurídico puede o no incorporar la moral en su regla de reconocimiento, sin embargo no deja de enfatizar que dicha pretensión es secundaria con respecto a su tesis fundamental de que un sistema jurídico *no debe* incluir criterios morales en sus fuentes”²²⁵. La variedad de positivismo jurídico propuesta por Campbell es una Teoría del Derecho normativa. Porque, como se vio, recomienda que los sistemas jurídicos sean desarrollados de tal forma que se maximicen los beneficios sociales y políticos de tener un sistema de reglas claras que no requieran de juicios morales. Así esta teoría, según Campbell, está inscrita en la versión excluyente, pues viene a decir que la determinación de la validez jurídica debe ser independiente de un argumento moral. Esta, como se avanzó, es la afirmación central del positivismo ético. Pero, si esto es así, cómo explica Campbell la relación entre Derecho y moral.

Campbell distingue entre el análisis conceptual y las afirmaciones empíricas sobre la relación entre Derecho y moral. Distingue además entre una tesis de la separabilidad y una tesis de la separación. Esta última, es decir, la tesis de la separación señala que Derecho y moral son fenómenos empíricos distintos. Ningún positivista, según Campbell, niega que Derecho y moral interactúen ni tampoco que exista una superposición contingente entre el Derecho y la moral de una sociedad. El positivismo ético no hace

²²³ Ídem., pp. 16 y 17.

²²⁴ Ídem., p. 17.

²²⁵ S. STOLZ da SILVEIRA, *Derecho, derechos y democracia...*, cit., p. 218.

afirmación empírica alguna sobre la separación entre Derecho y moral. Sólo viene a decir que en la práctica es factible alcanzar un cierto grado de separación entre la moral y las actividades jurídicas. En realidad, en palabras de Campbell, “la queja del positivismo ético es precisamente que muchos participantes jurídicos no adoptan de hecho la actitud valorativamente neutral hacia el Derecho que sería apropiado para ellos adoptar [...] Esto nos conduce al tercer modelo de relación entre el Derecho y la moral, el modelo prescriptivo, desde cuyo punto de vista podemos identificar el positivismo ético como una teoría que va más allá de la tesis de la separabilidad para mantener la pretensión de que no sólo puede sino que debe haber una clara separación entre el Derecho y la moral en la práctica del Derecho. La pretensión no es la de que no debe haber superposición entre el contenido del Derecho y el de la moral en la práctica del Derecho, una cuestión en la que la teoría, dado su alcance restringido, es básicamente neutral, sino más bien que la regla de reconocimiento no debe contener términos que inviten al juicio moral. Esta es la tesis de la separación prescriptiva o, más específicamente, el positivismo prescriptivo duro”²²⁶. Es decir, la tesis prescriptiva de la separación viene a decir que “la identificación y la aplicación del Derecho deben mantenerse lo más separadas o alejadas posibles de juicios morales”²²⁷. Por ello, las reglas deben estar redactadas de tal forma que por sí mismas proporcionen lo suficiente para guiar la conducta. Lo que el positivismo ético excluye de la regla de reconocimiento es el uso de un lenguaje que invite al juicio moral. Efectivamente, “el positivismo ético aboga por la tesis de la *separación prescriptiva*, eso es, por una tesis que dispone que la regla de reconocimiento no debe contener o debe estar lo más alejada posible de los términos que instan al juicio moral”²²⁸. Aquí, por otro lado, resulta interesante mostrar la postura de Campbell sobre los papeles del legislador y el juez.

Sobre el papel del juez, Campbell señala que el positivismo ético más que una descripción de lo que los tribunales hacen, es una crítica. Pero antes de avanzar sobre ella, conviene advertir que, según Campbell: “[l]as implicaciones del positivismo ético van más allá de la conducta de los tribunales. Ciertamente, es una teoría que se dirige primariamente a la naturaleza y forma de la legislación como la fuente preferente de Derecho nuevo. Si las normas no son claras, precisas e inteligibles, en términos de las prácticas lingüísticas de la comunidad a la cual va dirigida, entonces los tribunales pueden

²²⁶ T. CAMPBELL, *El sentido del positivismo jurídico*, cit., pp. 19 y 20.

²²⁷ P. RIVAS, *La interpretación del Derecho en el positivismo ético contemporáneo*, cit., p. 76.

²²⁸ S. STOLZ da SILVEIRA, *Derecho, derechos y democracia...*, cit., p. 219.

hacer relativamente poco a favor de la realización del ideal positivista”²²⁹. Los tribunales, dice Campbell, deben ser respetuosos con las palabras producto de los procedimientos formales de legislación, sin que deba ser necesario descubrir las intenciones del legislador. De este modo, como ya se dijo, el positivismo ético propone “una teoría normativa de la legislación que identifique los momentos de creación autoritativa de legislación a la luz del ideal positivista de Derecho formalmente “bueno””²³⁰. Quizás por ello se ha sostenido que “la fuerza que motiva y organiza al positivismo ético es una visión política sustantiva sobre el sentido moral de la concepción positivista de lo que se parece a un sistema jurídico bueno y de cómo contribuye a una política justa, efectiva y democrática”²³¹. La crítica del positivismo ético al papel del juez es que, en realidad, lejos de respetar el texto de la ley la interpretación del juez es la que prevalece. Campbell explica esta crítica al decir que: “[c]entrándonos nuevamente en los fundamentos no democráticos a favor del gobierno de las reglas, la desconfianza del positivismo ético respecto de las declaraciones de derechos se refiere principalmente a los significados vagos e indeterminados de interminablemente amplias declaraciones de derechos y cláusulas, finalmente abiertas a excepciones, que desplazan todo el peso de la responsabilidad legislativa a “las interpretaciones” de los tribunales”²³².

Hasta aquí algunos aspectos de la variedad de positivismo ético de Campbell. Como se vio, se trata de una Teoría del Derecho normativa, que recomienda que los sistemas jurídicos sean desarrollados a través de reglas que sean de tal manera claras que su aplicación no requiera juicios morales. Las reglas deben cumplir así ciertos requisitos a fin de que por sí mismas guíen la conducta, excluyéndose por ejemplo el uso de un lenguaje que invite al juicio moral. De ahí, además, que afirme la primacía del legislador y establezca el deber del juez de respetar las palabras de la ley. De este modo, según Campbell, su teoría se inscribe en la versión excluyente, pues viene a decir que la determinación de la validez jurídica debe ser independiente de un argumento moral. Lo interesante es que, para Campbell, estas ideas constituyen un derecho humano. No es necesario, sin embargo, detenerme aquí en elucidar qué se entiende por este último concepto, pues a ello me referiré en el capítulo siguiente. Me interesa, en cambio, como

²²⁹ T. CAMPBELL, *El sentido del positivismo jurídico*, cit., pp. 54 y 55.

²³⁰ Ídem., p. 56.

²³¹ P. RIVAS, *La interpretación del Derecho en el positivismo ético contemporáneo*, cit., p. 75.

²³² T. CAMPBELL, *El sentido del positivismo jurídico*, cit., p. 56.

ya se dijo, mostrar la postura de Campbell según la cual el positivismo jurídico es un derecho humano.

Efectivamente, esta es la tesis sostenida por Campbell en *El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano*²³³. La tesis presenta al positivismo jurídico prescriptivo en términos de derechos humanos. La tesis es “que existe un derecho humano a vivir bajo un sistema jurídico de estilo positivista en el que las reglas gobiernen, una vez que hayan sido autorizadas mediante un proceso democrático. Con todo, afirmar que el positivismo jurídico, como un tipo de sistema jurídico, es un derecho humano, supone reiterar la tesis de que el positivismo jurídico, como un tipo de teoría jurídica, es una teoría ética/moral/prescriptiva, y reiterarlo de una forma poderosa y contundente”²³⁴ dice Campbell. Esta tesis explora además la idea de que: “[s]i el positivismo jurídico es un derecho humano, entonces es no sólo moralmente prescriptivo, sino moralmente importante”²³⁵. En ese texto, el propósito de Campbell es mostrar que “el positivismo jurídico siempre ha sido en parte, y puede llegar a serlo más completamente, un vehículo para la articulación de una particular concepción del Derecho como el gobierno mediante reglas, el cual, cuando se asocia con el ideal democrático de la igualdad política, proporciona un ingrediente crucial en los mejores modelos de gobierno que tenemos disponibles”²³⁶.

Sin embargo, antes de avanzar sobre ello Campbell advierte que la expresión “positivismo ético” quizás no sea afortunada. Pues sugiere una teoría sobre la ética. Y no una teoría ética del Derecho. No obstante, para Campbell, esta expresión tiene la ventaja de mostrar el tipo de valoraciones morales que forman parte del positivismo jurídico. Se trata de valoraciones de sistemas jurídicos en los que los participantes tienen ciertos roles definidos por reglas y fines que los justifican. Explicada la conveniencia de mantener el uso de la expresión positivismo ético, Campbell insiste en que una de sus afirmaciones es que el deber de los legisladores es crear reglas claras y precisas, de tal manera que los tribunales puedan aplicarlas y los ciudadanos obedecerlas sin recurrir a un argumento moral. El deber de los tribunales, por otro lado, es aplicar las reglas a casos particulares

²³³ T. CAMPBELL, “El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano”, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44.

²³⁴ Ídem., p. 32.

²³⁵ Ídem., p. 31.

²³⁶ Ídem., p. 29.

sin recurrir como ya se dijo a un argumento moral. Y el deber de los ciudadanos es seguir las reglas, aunque estén en desacuerdo con su contenido. De este modo, según Campbell, “el positivismo jurídico es una teoría ética del Derecho porque tiene ese impacto directo sobre la moralidad de rol de los jugadores en una comunidad política gobernada por el Derecho. Este es el modelo de gobierno mediante reglas que constituye el núcleo de la versión que [defiende Campbell] del positivismo jurídico prescriptivo”²³⁷.

Pero para hablar de positivismo jurídico, según Campbell, es necesario distinguir entre el positivismo jurídico como una teoría jurídica, y el positivismo jurídico como un tipo de sistema jurídico. Es en este último sentido, continúa Campbell, en el que sostiene que el positivismo ético es un derecho humano. Para fundamentar la tesis de que el positivismo jurídico es un derecho humano, Campbell distingue entre dos etapas. En la primera se muestra que la idea del imperio de la ley está incorporada en los derechos humanos. Pero no se trata de cualquier ley, y de aquí la segunda etapa, sino de la ley positiva. Entender al positivismo jurídico como un derecho humano tiene varias implicaciones. Una de ellas es que la tarea de articular derechos humanos no corresponde a los tribunales. Esta idea, según Campbell, no tiene otra explicación más que el carácter antidemocrático del control de constitucionalidad. No me ocuparé de este argumento. En cambio, conviene avanzar sobre la tesis de Campbell. Ya se dijo que el deber del legislador es crear reglas claras y precisas que permitan a los tribunales aplicarlas y a los ciudadanos obedecerlas sin acudir a un juicio moral. Señalé que la tesis de Campbell es que el positivismo ético es un derecho humano. Pues bien, según Campbell, partiendo de la sugerencia “de que el gobierno se lleve a cabo mediante reglas de mandato firmes (no reglas abiertas) que sean suficientemente claras, específicas y empíricamente aplicables para servir como base eficaz para el control y la coordinación de la conducta, la hipótesis a explorar es la de que el estar sometido a una gobernación obligatoria es un derecho humano sólo si esa gobernación satisface esos estándares formales”²³⁸. Que las reglas cumplan con estos requisitos y que, por tanto, sea posible hablar del positivismo ético como un derecho humano es, sin embargo, un ideal. No obstante, según Campbell: “[I]o que si podemos hacer es adoptar y adaptar esos esquemas conceptuales que incrementan nuestra comprensión de los sistemas jurídicos reales, y nos permiten expresar ideales alcanzables moralmente justificables, como el de que existe un derecho humano a vivir

²³⁷ Ídem., pp. 30 y 31.

²³⁸ Ídem., p. 33.

en una sociedad en la que estemos sujetos al gobierno de reglas positivamente buenas. Este es, como mínimo, un sentido del positivismo jurídico”²³⁹.

Hasta aquí algunos aspectos de la variedad de positivismo ético de Campbell. Como ya se dijo, esta no es la única. Pues se ha señalado²⁴⁰ que también lo es la sostenida por F. Atria. Mi propósito no es mostrar la obra completa de Atria²⁴¹, sino prestar atención únicamente a su postura sobre la Teoría del Derecho. Así, debo señalar, por ejemplo, que Atria en *La ironía del positivismo jurídico*²⁴², comienza por preguntarse si es posible describir el Derecho sin asumir un compromiso con disputas morales y políticas. Esta pregunta, continúa Atria, ha ocupado a la Teoría del Derecho en las últimas décadas. Esto ha sido así porque de la respuesta depende, por ejemplo, la plausibilidad del positivismo jurídico. En ese texto, Atria ofrece razones para responder en forma negativa. Es decir, para Atria, no es posible describir el Derecho sin asumir un compromiso con disputas morales y políticas. De este modo, dice Atria, es posible poner en duda la importancia del debate entre las versiones del positivismo jurídico. El propósito de Atria es “rescatar una comprensión del positivismo jurídico de acuerdo a la cual éste no pretende que el [D]erecho pueda ser estudiado “descriptivamente”, que la [T]eoría del [D]erecho deja las cosas, parafraseando a Wittgenstein, tal como estaban. En su mejor versión, el positivismo jurídico es una [T]eoría del [D]erecho *moderno* que por tanto no puede ser entendido sin remitirse a los valores que el [D]erecho moderno pretende (contribuir a) realizar. Al rechazar la factibilidad de una [T]eoría del [D]erecho puramente conceptual abrimos el camino a una [T]eoría del [D]erecho cuya preocupación central es su contribución a la mantención del valor que es posible encontrar detrás de nuestras prácticas jurídicas, si es que es posible encontrar alguno. El positivismo *ético* como [T]eoría del [D]erecho se concentra, por eso, en la formalidad y la autonomía del razonamiento jurídico”²⁴³. Atria, al igual que Campbell, considera que la Teoría del Derecho no debe ser descriptiva, sino prescriptiva. El positivismo ético además, según Atria, viene a decir que el Derecho puede ser un instrumento de autogobierno democrático. Que sólo es posible en el marco de un discurso formal y autónomo. Atria

²³⁹ Ídem., p. 44.

²⁴⁰ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, cit., pp. 18 y 19.

²⁴¹ F. ATRIA, “Sobre la soberanía y lo político”, *Derecho y Humanidades*, núm. 12, 2006, pp. 47-93.

²⁴² F. ATRIA, “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 81-139.

²⁴³ Ídem., p. 82.

formula este planteamiento sobre el Derecho como reacción frente al neoconstitucionalismo.

Esto es así pues, según Atria, para resistir el neoconstitucionalismo “se necesita una teoría que, como el positivismo del siglo XIX, entienda a la ley como el *non plus ultra* del [D]erecho pero que, a diferencia de él, evite reducir la adjudicación a una actividad mecánica que pierda de vista los casos particulares involucrados. El positivismo jurídico fue en sus orígenes una teoría de este tipo, y es esa forma de la teoría la que debe ser rescatada de quienes hoy reclaman la etiqueta”²⁴⁴. De este modo, para Atria, el desafío del positivismo jurídico es el neoconstitucionalismo. Y no, en cambio, el debate entre las versiones incluyente y excluyente. Para responder a este desafío como se acaba de decir Atria propone rescatar el positivismo decimonónico. En concreto, la obra de Bentham y su crítica al *common law*. En este sentido, Atria reseña que “el positivismo jurídico nació enfatizando la idea de que el [D]erecho era un producto humano, y por tanto era un instrumento de la política. Negaba la existencia de una “razón artificial” especial del [D]erecho, una clase de razón que se encontraba a disposición preferencial de jueces y abogados, y que sujetaban cualquier agenda reformista a su opinión de lo que era “razonable”. La ironía [...] es que esta preocupación original de los positivistas jurídicos de crear un *ethos* de respeto a la autoridad del [D]erecho legislado *en tanto legislado* ha sido completamente abandonada por los positivistas contemporáneos”²⁴⁵. La crítica al neoconstitucionalismo es que este planteamiento sobre el Derecho defiende la supremacía de la Constitución, en detrimento de la ley. Por ello, al igual que Campbell, la propuesta de Atria como se acaba de ver es defender la supremacía de la ley, a la manera de lo sostenido por el positivismo decimonónico.

Efectivamente, Atria, conviene repetirlo, construye su propuesta de positivismo ético a partir de una crítica al neoconstitucionalismo. Este último planteamiento, en su opinión, por: “[s]u énfasis en el rol jurídico de los principios constitucionales, y su indiferencia al valor y dignidad de la legislación, pone en riesgo la idea de autogobierno democrático (que constituye *al menos* el ideal regulativo que funda nuestras prácticas democráticas, de acuerdo al cual somos *nosotros, el pueblo* quienes nos autogobernamos) y la idea de gobierno conforme a [D]erecho”²⁴⁶. Atria usando la distinción de Bobbio

²⁴⁴ Ídem., p. 83.

²⁴⁵ Ídem., p. 110.

²⁴⁶ Ídem., pp. 119 y 120.

entre positivismo teórico, metodológico e ideológico, que no es necesario reproducir aquí, dice que “la forma básica de positivismo es el positivismo ideológico o ético [...] el positivismo que se entiende a sí mismo como una re-presentación del [D]erecho moderno”²⁴⁷. Atria a través de su variedad de positivismo ético defiende una vuelta a la supremacía de la ley, a la manera de lo sostenido por el positivismo decimonónico, en reacción como se vio frente al neoconstitucionalismo. Pero además, como ya se dijo, se trata de una Teoría del Derecho normativa. Esto último es así pues, según Atria, “la labor del jurista supone una teoría sobre cómo sería bueno que el [D]erecho fuera. Privado de esa teoría lo que hoy denominamos “positivismo jurídico” se hace trivial y estéril, como lo hemos visto y lo seguimos viendo”²⁴⁸.

Hasta aquí la variedad de positivismo ético de Atria. Lo interesante, sin embargo, es insistir en que Atria comparte con Campbell la idea de que la Teoría del Derecho debe ser normativa. Creo que la diferencia es que Atria como se acaba de ver se limita a señalar que esto es así porque el teórico debe decir cómo sería bueno que el Derecho fuera, pero no aporta mayor argumento. Campbell, por su parte, como se vio sostiene que la teoría es normativa porque el teórico debe recomendar que el sistema jurídico sea desarrollado a través de reglas que sean de tal manera claras, evitándose por ejemplo el uso de un lenguaje moral, para que el juez aplique la ley y el ciudadano la obedezca sin necesidad de juicios morales. Sea como fuere lo cierto es que, por otro lado, tanto Atria como Campbell postulan la primacía de la ley en detrimento de la decisión del juez. Y esto es así por un argumento democrático. Aunque debo advertir que Atria, a diferencia de Campbell, sostiene este postulado en reacción frente al neoconstitucionalismo, planteando así una vuelta al positivismo decimonónico. En suma, considero que Atria y Campbell comparten la idea de que las palabras de la ley deben ser de tal manera claras que el juez la pueda aplicar y el ciudadano obedecerla sin necesidad de acudir a juicio moral alguno, y de este modo, la determinación de la validez jurídica debe ser independiente de un argumento moral. Esta es como se recordará la afirmación central del positivismo ético. Vistos algunos aspectos de las teorías de Atria y Campbell, creo que conviene ahora referirme a la propuesta por J. Waldron, pues se ha sostenido²⁴⁹ que también es una variedad de positivismo ético.

²⁴⁷ Ídem., p. 131.

²⁴⁸ Ídem., p. 135.

²⁴⁹ S. STOLZ da SILVEIRA, *Derecho, derechos y democracia...*, cit., p. 213.

2.2.El positivismo normativo de J. Waldron

Waldron propone una variedad de positivismo ético que denomina “positivismo normativo”. Mi propósito no es referirme aquí a la obra de Waldron²⁵⁰. Me interesa, en cambio, prestar atención a su postura sobre la Teoría del Derecho, que como se acaba de señalar no es otra más que el positivismo normativo²⁵¹. Este, sin embargo, debe ser explicado a partir de la tesis de la autoridad de la legislación, que Waldron defiende en una serie de artículos reunidos en *Law and Disagreement*²⁵². Está justificado referirme en primer término a la tesis de la autoridad de la legislación, porque se ha sostenido que si el positivismo ético viene a decir como se vio que la determinación de la validez jurídica debe ser independiente de un argumento moral o bien, que la determinación de lo que es el Derecho no debe depender de argumentos morales: “[e]stas tesis deben verse, no obstante, como implicaciones concretas de la tesis más general referida a la autoridad y dignidad de la legislación”²⁵³. Por ello, como se acaba de decir, creo que conviene referirme a esta última idea.

Waldron sugiere que poco es lo que la Teoría del Derecho analítica ha aportado a jueces, legisladores o profesores de Derecho interesados en la legislación. Incluso, cuando los filósofos analíticos proponen teorías de la interpretación es poco lo que tienen que decir sobre las características estructurales de la legislación o bien, sobre los elementos que distinguen a la interpretación de la ley de la interpretación de un principio. En cambio, continúa Waldron, las estructuras del razonamiento judicial son las que han ocupado a los filósofos del Derecho contemporáneos. Así, se ha prestado atención a los tribunales y, en concreto, a los tribunales constitucionales. Por ello, *Law and Disagreement*²⁵⁴, dice Waldron, es un intento por configurar “una [T]eoría del [D]erecho genuinamente democrática: una [F]ilosofía del [D]erecho que haga algo más que estar aparentemente

²⁵⁰ K. FRANKE, “Dignifying Rights: A Comment on Jeremy Waldron’s Dignity, Rights and Responsibilities”, *Arizona State Law Journal*, núm. 43, s.a., pp. 1177-1200; y J. WALDRON, “Homelessness and the Issue of Freedom”, *UCLA Law Review*, núm. 39, 1991-1992, pp. 295-324.

²⁵¹ D. ESTLUND, “Jeremy Waldron on Law and Disagreement”, *Philosophical Studies*, núm. 99, 2000, pp. 111-128.

²⁵² J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005 (J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999).

²⁵³ R. GARGARELLA y J.L. MARTÍ, “Estudio Preliminar”, “La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos”, en J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. XIII-XLVIII, en especial pp. XLII y XLIII.

²⁵⁴ J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.

de acuerdo con el ideal de autogobierno, una [T]eoría del [D]erecho que ponga realmente en práctica este ideal, rigurosa y detalladamente, en su explicación de la naturaleza del [D]erecho, del fundamento de la legitimidad, de la tarea de la interpretación y de las responsabilidades respectivas de los Parlamentos, los ciudadanos y los tribunales de justicia”²⁵⁵. Para Waldron, la cuestión más importante sobre la autoridad de la legislación es determinar qué lugar ocupa esta en relación con una Constitución que contiene una Carta de derechos. Recuértese que esta es una preocupación que comparten Campbell y Atria. En la tercera parte de *Law and Disagreement*²⁵⁶, según Waldron: “[l]os lectores percibirán rápidamente [su] oposición al modelo estadounidense del control de constitucionalidad. Cuando los ciudadanos o sus representantes discrepan acerca de qué derechos tenemos o qué se desprende de tales derechos, la afirmación de que dicha discrepancia no puede ser superada mediante procedimientos mayoritarios, sino que debe asignarse la determinación final de la misma a un pequeño grupo de jueces, parece casi un insulto”²⁵⁷. No es necesario, sin embargo, referirme aquí a la oposición de Waldron al control de constitucionalidad, quizás sólo señalar que como se vio Atria comparte esta oposición. Conviene ahora continuar con la exposición de la tesis de la autoridad de la legislación de Waldron.

Ya se dijo que, en opinión de Waldron, si prestamos atención a lo que la Teoría del Derecho positivista ofrece al juez, abogado o bien, al profesor interesados en la legislación el resultado es más bien “pobre”. Por ello, Waldron se pregunta “de qué manera la [F]ilosofía del [D]erecho –en alianza con la teoría política– puede ayudarnos a comprender teóricamente por qué una ley aprobada por una asamblea debe ser seriamente considerada como fuente de [D]erecho”²⁵⁸. La respuesta a esta pregunta es la construcción de una Teoría del Derecho normativa. Idea que como se vio comparten Campbell y Atria. Lo interesante será determinar en qué sentido postula Waldron la normatividad de la teoría. De este modo, quizás convenga advertir que en el caso de Waldron, por ejemplo, la Teoría del Derecho tiene como punto de partida desarrollar “una concepción de los Parlamentos y de sus procesos que articule valores democráticos, pluralistas y procedimentales, valores que apunten, de una manera más útil para la [T]eoría del

²⁵⁵ J. WALDRON, “Introducción”, a *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 7-25, en especial p. 17.

²⁵⁶ J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit.

²⁵⁷ J. WALDRON, “Introducción”, a *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 23.

²⁵⁸ J. WALDRON, “Los Parlamentos en la Filosofía del Derecho” (1995), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 29-60, en especial p. 37 (J. WALDRON, “The Dignity of Legislation”, *Maryland Law Review*, núm. 54, 1995).

[D]erecho, *en la misma dirección* que la fuerza prescriptiva y las pretensiones de autoridad del propio [D]erecho legislado”²⁵⁹. Esta concepción, sin embargo, debe reconocer que en la actuación de los Parlamentos contemporáneos es necesario distinguir entre deliberación y aprobación de la ley. De este modo, en palabras de Waldron, en su “[T]eoría del [D]erecho, la validez jurídica remite al hecho y al momento de la aprobación más que al proceso parlamentario en su conjunto, precisamente porque muchos de los elementos que forman parte de la deliberación que precede a la aprobación no pueden ser considerados como parte integrante de una ley aprobada”²⁶⁰.

Por ello, Waldron rechaza la apelación a la intención del legislador como método de interpretación. En efecto, según Waldron: “[m]ás allá del significado incorporado convencionalmente en el texto de la ley, no hay ningún estado o condición que corresponda a <la intención del Parlamento> para el que pueda servir de indicio algún otro tipo de hecho, como lo que dijeron, escribieron o hicieron algunos legisladores particulares o un grupo de ellos”²⁶¹. No creo, sin embargo, que sea necesario desarrollar aquí la oposición de Waldron a la intención del legislador como método de interpretación. Lo interesante, en cambio, es mostrar que a partir del papel central que Waldron atribuye al Parlamento formula una crítica a la obra de Hart y, en concreto, según Waldron, a su “desinterés por el Parlamento”. En efecto, para Waldron: “[e]l argumento que [se acaba] de dar se centra especialmente en el hecho de que un Parlamento es un lugar en el que se dicen muchas cosas pero sólo algunas de ellas son finalmente aprobadas, y pone el acento en que una de las funciones de la regla de reconocimiento es precisamente decirnos cuáles son. Pero el triste hecho es que Hart no parece estar interesado en el papel del Parlamento moderno. No parece estar interesado en la relación existente entre sus rasgos estructurales y las cuestiones sustantivas del reconocimiento y de la interpretación que podrían aflorar cuando los jueces o los ciudadanos se enfrentan a una ley sólo por motivos filosóficos, aunque Hart utilice la expresión <La Reina en Parlamento> como su paradigma legislativo, sus argumentos de la segunda mitad de *El concepto de Derecho* pueden fácilmente aplicarse, y de hecho en buena medida se aplican, a la actividad de un

²⁵⁹ Ídem., p. 42.

²⁶⁰ Ídem., p. 52.

²⁶¹ J. WALDRON, “Las intenciones de los legisladores y la legislación sin intenciones” (1994), en *Id., Derecho y desacuerdos, cit.*, pp. 143-174, en especial pp. 169 y 170 (J. WALDRON, “Las intenciones de los legisladores y la legislación sin intenciones”, *Tel Aviv University Law Review*, núm. 18, 1994).

legislador unitario llamado <Rex>”²⁶². Desde luego no comparto esta crítica de Waldron. Digo esto porque a mi forma de ver las cosas, en el capítulo primero se expresó lo suficiente para mostrar que Hart formuló su teoría a partir de algunas objeciones a la tesis imperativa. Por ello, decir como lo hace Waldron que la teoría de Hart es por momentos indistinguible de, por ejemplo, el planteamiento de Austin es discutible. Apuntado esto creo que conviene continuar con la exposición de la tesis de la autoridad de la legislación.

Pues bien, para Waldron el poder legislativo está en el Parlamento y no en un individuo. Waldron explica que la autoridad de la legislación obedece a que ha sido creada por una asamblea popular. Así, la discusión y aprobación por parte de este tipo de asamblea son necesarios para reconocer como Derecho, por ejemplo, una medida general o bien, principios y políticas públicas. Si esto es correcto, en opinión de Waldron: “[e]l valor político que se asocia de forma más natural con el Parlamento moderno y con la autoridad de su producto (la legislación en tanto que [D]erecho positivo) es el de la *legitimidad democrática*”²⁶³. Esta, dice Waldron, siempre que esté justificada, es el mejor argumento en favor de la autoridad de la ley. No obstante, como ya se avanzó, Waldron dice estar convencido “de que nuestra comprensión de la legislación en la filosofía analítica del [D]erecho contemporánea es pobre, y que necesita, para su mejora y reconstrucción, de toda la ayuda que le podamos brindar”²⁶⁴. Para ello, como ya señalé, Waldron propone una teoría normativa, que viene a decir que en la explicación del Derecho se debe tomar en cuenta la idea de legitimidad democrática. Esta es como se acaba de apuntar el punto de partida de la tesis de la autoridad de la legislación. Creo, pues, que conviene continuar explicando esta tesis.

Es común, reseña Waldron, considerar que las mociones presentadas ante el Parlamento adquieren autoridad al ser promulgadas. Esto es, aprobadas por las Cámaras del Parlamento y sancionadas por el Jefe de Estado. No obstante, señala Waldron, debemos recordar que el método de aprobación es el voto y la decisión mayoritaria. Esta, para Waldron, no es más que una estadística entre los miembros a favor de un proyecto de ley y aquellos en contra. De este modo, según Waldron, no debe perderse de vista que:

²⁶² J. WALDRON, “Los Parlamentos en la Filosofía del Derecho” (1995), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 53 y 54.

²⁶³ J. WALDRON, “La legislación de la asamblea” (1995), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 61-83, en especial p. 66 (J. WALDRON, “The Dignity of Legislation”, *Maryland Law Review*, núm. 54, 1995).

²⁶⁴ Ídem., p. 82.

“[l]os proyectos de ley no adquieren por sí mismos autoridad jurídica, se les atribuye dicha autoridad únicamente por los números con los que cuentan a su favor”²⁶⁵. Es interesante, por otro lado, notar que los tribunales de apelación usan el mismo método que el Parlamento, es decir, el voto y la decisión mayoritaria. En efecto, los tribunales de apelación son órganos colegiados entre cuyos miembros pueden existir discrepancias. En estos casos, los jueces toman sus decisiones a través del voto y la decisión mayoritaria. Por ello, la diferencia entre el Parlamento y el tribunal no es el método de decisión, sino quién eligió a sus miembros. El pueblo elige a los miembros del Parlamento. Esto es así pues el objeto de la teoría de Waldron son los sistemas jurídicos democráticos. De hecho, una de las presuposiciones de las que parte Waldron, según dice, es “que las personas votan, con mayor o menor regularidad, según sus opiniones reflexivas e imparciales. No se trata de una verdad invariable, pero una teoría normativa del [D]erecho y de la política debe tener alguna aspiración, y ésta es la que [Waldron asume]”²⁶⁶.

Hasta aquí, advierte Waldron, se ha explicado la autoridad de la legislación por la legitimidad democrática. Y se acaba de establecer que esta es la diferencia entre el Parlamento y el tribunal. Waldron cree necesario, sin embargo, desarrollar una concepción de la autoridad del Derecho distinta de la estándar que, en su opinión, es la propuesta por Raz. Waldron dice que su concepción de la autoridad se distingue de la de Raz por dos cuestiones. Se trata de las preguntas ¿qué se entiende por autoridad? y ¿cómo se justifica? Efectivamente, en sus palabras, “una disposición legislativa debía ser tratada no sólo como algo aprobado por la mayoría, sino como algo que tiene vigencia en nombre de toda la comunidad. Una vez votada por el Parlamento, se merece todo el respeto que el estatus de la comunidad le confiere, sin perjuicio (de hecho, poniendo entre paréntesis) de los méritos sustantivos de su contenido [...] En cualquier caso, esto nos lleva al tipo de concepción de la autoridad en la que [Waldron está] pensando que, como ya [ha] dicho, es distinta de la concepción de Raz, ciertamente más confusa y peor definida [en opinión de Waldron]. La tesis de la justificación también tiene que ser diferente, dado que esta concepción de la autoridad presenta su demanda *ex hypothesi* ante alguien que piensa tener buenas razones para creer que el Parlamento está equivocado. El problema, entonces, es cómo las leyes y otras fuentes de [D]erecho pueden poseer autoridad y exigir

²⁶⁵ J. WALDRON, “Legislación, autoridad y voto” (1996), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 107-142, en especial p. 108 (J. WALDRON, “Legislación, autoridad y voto”, *Georgetown Law Review*, núm. 84, 1996).

²⁶⁶ J. WALDRON, “Introducción”, a *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 23.

respeto entre personas que discrepan acerca de cómo satisfacer la tesis de la justificación *normal* de Raz [...] [Para Waldron] el voto y la decisión mayoritaria pueden contribuir a la solución de este problema”²⁶⁷.

Waldron propone que la “dignidad” de la legislación, esto es, el fundamento de su autoridad y la razón de su respeto es el tipo de logro que supone. Este es el logro de la acción colectiva, concertada o cooperativa en las circunstancias de la vida moderna. Aquí Waldron introduce el concepto de “circunstancias de la política”. Estas se explican a partir de la necesidad que perciben los miembros de un grupo de contar con una decisión o curso de acción común, a pesar de los desacuerdos sobre cuál debería ser esta decisión o curso de acción. Las circunstancias de la política explican también las reglas procedimentales de la decisión mayoritaria, así como las ideas relacionadas como las de autoridad, obligación y respeto. En fin, lo que se quiere decir, según Waldron, es que: “[u]na ley merece respeto por el logro que representa haberla producido en las circunstancias de la política: es una acción en conjunto frente a los desacuerdos [...] Podría merecer también nuestro respeto por ser en sí misma *respetuosa*, por haberse alcanzado respetando las personas cuya acción en conjunto representa”²⁶⁸.

Hasta aquí la tesis de la autoridad de la legislación que como se vio viene a decir que esta obedece, en primer término, a la legitimidad democrática, pero en última instancia se explica porque representa el logro de una acción colectiva. Como ya señalé fue necesario prestar atención a la tesis de la autoridad de la legislación, porque es el punto de partida de Waldron para formular su variedad de positivismo ético que como ya se dijo denomina “positivismo normativo”. A ello me referiré a continuación. Hablando del positivismo normativo de Waldron se ha sostenido, por ejemplo, que este planteamiento sobre el Derecho “le lleva a asumir determinados compromisos por lo que respecta a la teoría de la democracia, aunque no siempre quedan articulados de manera explícita, así como a presentar un conjunto de propuestas normativas que, a juicio de Waldron, no deben verse como extrañas desde el ámbito de la [T]eoría del [D]erecho, sino que encajan armónicamente con su propia concepción de la misma, basada en la idea del positivismo normativo (o ético)”²⁶⁹. Waldron, en efecto, ha sido considerado como

²⁶⁷ J. WALDRON, “Legislación, autoridad y voto” (1996), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., p. 122.

²⁶⁸ Ídem., p. 131.

²⁶⁹ R. GARGARELLA y J.L. MARTÍ, “Estudio Preliminar”, “La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos”, en J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos*, cit., p. XV.

uno de los representantes del positivismo normativo. Este como se vio viene a decir que el Derecho tiene valor por una serie de rasgos propios de la concepción moderna, tal y como fue articulada por los primeros positivistas como Bentham y Austin. No debe perderse de vista que esta vuelta al positivismo decimonónico es una idea que comparte Atria, aunque en reacción como se recordará frente al neoconstitucionalismo. Estos rasgos, en la obra de Waldron, como ya se avanzó son entre otros el hecho de que la legislación es el producto de un Parlamento democrático, así como la necesidad de que dicha legislación conste por escrito y sea formulada de manera clara y sistemática. Estos rasgos obedecen a que el fin del Derecho para Waldron es la supresión de la arbitrariedad. Se ha apuntado, en fin, que “el positivismo normativo defiende una concepción *normativa* del [D]erecho, y en ese sentido se trata de una concepción político-moral. Según Waldron, la única forma de mantenerse fieles al valor de la autoridad del legislador democrático (el Parlamento) y de preservar la dignidad de la legislación consiste en no sobrepasar los límites de las correctas funciones de los aplicadores del [D]erecho, es decir, en no introducir nunca consideraciones morales o de otro tipo en la determinación del [D]erecho, y ser fieles a lo único que dicho legislador ha producido, el texto de la ley”²⁷⁰. Lo que se quiere decir, como se ha insistido, es que el positivismo ético sostiene que la determinación de la validez jurídica debe ser independiente de un argumento moral. Y en última instancia, esto es así por un argumento democrático. Ideas que en mi opinión como ya se dijo están presentes en las teorías de Campbell y Atria. Pero recuérdese que aquí estamos explorando la variedad de positivismo ético de Waldron.

Pues bien, Waldron distingue entre positivismo descriptivo y positivismo normativo. El primero, esto es, el positivismo descriptivo es una concepción sobre qué implican las decisiones jurídicas. El segundo, en cambio, es decir, el positivismo normativo es una concepción sobre qué deben implicar. Estas concepciones son positivistas, porque entienden el Derecho en términos de reglas y principios, que son Derecho por su origen en alguna fuente humana. El positivismo descriptivo, por su parte, afirma “esto es lo que es el Derecho” o bien, este es el Derecho de los Estados Unidos o de Inglaterra. Pero, en opinión de Waldron: “[r]especto de estos sistemas jurídicos en particular, el positivismo descriptivo es, casi con toda certeza, falso. En parte porque muchas de las reglas y principios identificados por los mejores procedimientos disponibles del [D]erecho positivo de hecho requieren que aquellos que los utilicen

²⁷⁰ Ídem., p. XLII.

realicen juicios morales. Y en parte porque inevitablemente existen lagunas en el [D]erecho positivo y una indeterminación en los significados de las reglas jurídicas que hacen imposible en la práctica su manejo sin la realización de juicios morales”²⁷¹. Además, el positivismo descriptivo es neutral en metaética. Es decir, no se pronuncia sobre la naturaleza de los juicios morales. Pero sí los distingue de la toma de decisiones jurídicas. El positivismo normativo, en cambio, para Waldron: “[s]ostiene la tesis de que el [D]erecho *debe* ser tal que las decisiones jurídicas puedan ser tomadas sin la intervención de juicios morales. O, por no decirlo en términos de deber, la tesis de que sería *deseable* para el [D]erecho ser lo que los positivistas descriptivos creen que es. El positivismo normativo es, en sí mismo, una pretensión moral. De hecho, es una pretensión moral acerca de la formulación de otras pretensiones morales en el ámbito específico de la vida social que llamamos [D]erecho, y cree que la contaminación de las decisiones jurídicas por los juicios morales es un perjuicio moral, que perdemos algo valioso con ello. Se trata claramente de la versión más interesante del positivismo jurídico, y de hecho es difícil imaginar cómo una definición positivista del concepto de [D]erecho podría ser defendida sin apelar eventualmente a alguna tesis normativa como ésta”²⁷².

Esta es la forma en que Waldron defiende el positivismo normativo. Señala además que lo llamativo de este planteamiento sobre el Derecho es la manera en que concibe los casos que podrían implicar una decisión moral. Para el positivismo descriptivo, dice Waldron, estos casos son “amenazas” o bien, “contraejemplos”. El positivismo normativo, por su parte, entiende que son “elementos insatisfactorios” del Derecho. Y por ello, sostiene que: “[e]l sistema jurídico debería ser reformado para que dichas decisiones morales, tomadas por jueces o funcionarios, sean erradicadas en la medida de lo posible”²⁷³. Porque tales decisiones serían arbitrarias. En este punto Waldron sigue a los primeros positivistas, como Hobbes, Hume y Bentham, cuyas teorías explica Waldron buscaban el valor de la certeza, la seguridad jurídica. Lo que se quiere decir es que: “[s]i las decisiones de un funcionario cambian según la aplicación de su propio juicio moral, no hay posibilidad de explicar cómo se puede alcanzar dicha decisión. Desde el punto de vista del ciudadano que intenta organizar su vida, las

²⁷¹ J. WALDRON, “La irrelevancia de la objetividad moral” (1992), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos*, cit., pp. 195-222, en especial p. 198 (J. WALDRON, “La irrelevancia de la objetividad moral”, Robert George (comp.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1992).

²⁷² Ídem., pp. 198 y 199.

²⁷³ Ídem., p. 199.

decisiones del funcionario serían arbitrarias”²⁷⁴. El positivismo normativo de Waldron viene a decir que la determinación de la validez jurídica debe ser independiente de un argumento moral, porque de otro modo las decisiones serían arbitrarias. Por arbitrario, dice Waldron, debe entenderse impredecible, no razonado o bien, carente de autoridad o legitimidad democrática. Esto último es así, según Waldron, porque: “[s]on el pueblo o los legisladores que éste ha elegido los que deben tomar este tipo de decisiones. No son los jueces los que deben determinar los principios y valores sociales. En este sentido democrático, <arbitrario> significa algo parecido a <carente de autoridad o legitimidad> [...] Por razones como éstas, los positivistas normativos se oponen a que los jueces y otros funcionarios (no electos) en el sistema jurídico tomen decisiones morales, y traten de reducir las ocasiones en que esto sucede. Afirman que los juicios morales realizados por funcionarios añaden una dimensión arbitraria a los ámbitos de la vida social a los que éstos se refieren, cuando la misión del [D]erecho es disminuir la arbitrariedad”²⁷⁵.

Lo interesante, dice Waldron, es que argumentar como lo ha hecho en el sentido de que la toma de decisiones morales es arbitraria podría ser admitido por quien acepte la moral objetiva o bien, incluso, por quien la rechace. Debe advertirse a este respecto, según Waldron, que: “[e]l sentido de <objetividad> al que [se refiere] es el que invocan aquellos que consideran que algunos juicios morales son objetivamente verdaderos y otros objetivamente falsos. Los que piensan así sobre la verdad o falsedad objetivas son denominados realistas morales, al menos en el contexto filosófico”²⁷⁶. Lo que se quiere decir, entonces, es que para Waldron el hecho de que la toma de decisiones morales sea arbitraria sería admitido tanto por un realista moral como por quien rechace la moral objetiva. Esto es así, según Waldron, porque en cualquier caso el juez decide según su propio juicio moral. Efectivamente, frente a un realista moral se dirá que: “[i]ncluso si rechazamos el escepticismo, incluso si *existen* hechos morales que hacen verdaderos a los juicios verdaderos, y falsos a los juicios falsos, de todos modos lo único que puede hacer el juez es imponer su *opinión* sobre tales hechos a los <desafortunados litigantes> que se presentan ante el tribunal”²⁷⁷. Qué duda cabe de que, dice Waldron, “*existen* los desacuerdos morales, y puesto que discrepamos hasta de los principios sobre los que poder basar algún método que sirva para zanjar tales desacuerdos, un juez a quien se le

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ídem., p. 200.

²⁷⁶ Ídem., p. 195.

²⁷⁷ Ídem., p. 216.

atribuye la función de realizar juicios morales debería decir <yo pienso que> o <por supuesto, ésta es sólo mi opinión>, *incluso si el realismo tiene razón*”²⁷⁸.

Ya se dijo que Waldron, al igual que Atria, se opone al control de constitucionalidad. Pues bien, Waldron explica dicha oposición cuando se refiere al realismo moral. En sus palabras, “consideremos una vez más la poca diferencia que significaría el reconstruir los puntos de vista morales de los jueces, los legisladores o los votantes en términos *realistas*. Si el realismo moral tiene razón, lo que el juez impone a sus conciudadanos no es meramente una de sus preferencias subjetivas, sino una de sus creencias acerca de los hechos morales. Esto parece tranquilizador hasta que recordamos que su punto de vista no se opone a las preferencias subjetivas de legisladores y votantes, sino a *sus* creencias acerca de los hechos morales. Igual que antes, como no sabemos de qué manera podríamos afirmar que una de las dos creencias en conflicto acerca de los hechos morales es más precisa que la otra, la imposición de las creencias de una persona o de unos pocos por encima de las de la mayor parte de la población parece todavía arbitraria y antidemocrática”²⁷⁹. El control de constitucionalidad ha sido defendido, dice Waldron, argumentando “que los jueces son más expertos en cuestiones morales que los ciudadanos ordinarios, así que sus creencias y sus razonamientos son más confiables. Pero ya hemos advertido que los realistas morales no pueden generar una epistemología que encaje con sus propios compromisos ontológicos”²⁸⁰.

Hasta aquí algunos aspectos del positivismo normativo de Waldron. Campbell, Atria y Waldron comparten la idea de que la Teoría del Derecho no debe ser descriptiva sino prescriptiva. Lo interesante, sin embargo, es que estos autores defienden esta idea a partir de formulaciones diferentes. En efecto, recuérdese que Campbell sostiene que la teoría es normativa porque recomienda que el sistema jurídico debe ser desarrollado a través de reglas que sean de tal manera claras que el juez pueda aplicar la ley y el ciudadano obedecerla sin necesidad de acudir a juicio moral alguno. Atria, por su parte, se limita a señalar que el teórico debe decir cómo debe ser el Derecho para ser bueno. Y, como se acaba de ver, Waldron postula que la Teoría del Derecho debe ser normativa por el argumento de la legitimidad democrática y, en última instancia, porque las decisiones morales serían arbitrarias. No obstante estas “aparentes” diferencias, creo que Campbell,

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Ídem., p. 219.

²⁸⁰ Ídem., p. 220.

Atria y Waldron comparten la idea de la primacía de la ley en detrimento de la decisión del juez, por un argumento democrático. Por tanto, considero que es posible sostener que las teorías de estos autores coinciden en que la determinación de la validez jurídica debe ser independiente de un argumento moral. Dicho esto, debo advertir, por otra parte, que como se avanzó se ha sostenido²⁸¹ que la teoría institucional del Derecho de N. MacCormick es también una variedad de positivismo ético.

2.3.¿La teoría institucional del Derecho de N. MacCormick es una variedad de positivismo ético?

Señalé que sería en este apartado dedicado al positivismo ético en donde abordaría la cuestión de si, en efecto, como se ha sostenido la teoría institucional del Derecho de MacCormick es una variedad de positivismo ético. Para ello, desde luego, no es necesario mostrar la obra de MacCormick²⁸². Pero creo que sería interesante comenzar por preguntarnos si en realidad MacCormick es un autor positivista.

²⁸¹ S. STOLZ da SILVEIRA, *Derecho, derechos y democracia...*, cit., p. 213.

²⁸² N. MACCORMICK, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990 (N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, 1982); *Id.*, “Coacción y Derecho” (1979), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 185-196 (N. MACCORMICK, “Coacción y Derecho”, en Acta del Congreso Mundial de 1979 sobre Filosofía del Derecho y Filosofía Social, editada por P. Trappe); *Id.*, “Derecho y economía: El análisis de Adam Smith” (1981), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 91-107 (N. MACCORMICK, “Adam Smith on Law”, *Valparaíso University Law Review*, núm. 15, 1981, pp. 243-263); *Id.*, “Derecho legal y socialdemocracia” (1981), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 13-25 (N. MACCORMICK, “Derecho legal y socialdemocracia”, fue originalmente la conferencia Corry pronunciada en la Queen’s University de Kingston, Ontario, en marzo de 1981); *Id.*, “En contra de la ausencia de fundamento moral” (1980), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 27-42 (N. MACCORMICK, “En contra de la ausencia de fundamento moral”, fue preparado en primer lugar como un informe para la Conferencia ICUS en Florida en noviembre de 1980); *Id.*, “Intimidad y obscenidad” (1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 139-154 (N. MACCORMICK, “Intimidad y obscenidad”, en *Censorship and Obscenity*, editado por R. Dhavan y C. Davies, Martin Robertson and Co., Oxford, 1978, pp. 76-97); *Id.*, “Justicia: Una posición original” (1975), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 77-90 (N. MACCORMICK, “Justicia: Una posición original”, es una conferencia que fue pronunciada en la Universidad de Saarland en 1975 y publicada posteriormente en el *Dalhousie Law Journal*, no. 3 (1976), pp. 367-384); *Id.*, “La obligación de reparación” (1977-1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 171-184 (N. MACCORMICK, “La obligación de reparación”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1977-1978, pp. 175-183); *Id.*, “La <tesis de los derechos> en serio” (1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 109-128 (N. MACCORMICK, “Dworkin as Pre-Benthamite”, *Philosophical Review*, núm. 87, 1978, pp. 585-607); *Id.*, “Ley, obligación y consentimiento: Reflexiones sobre Stair y Locke” (1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 59-76 (N. MACCORMICK, “Ley, obligación y consentimiento: Reflexiones sobre Stair y Locke”, fue la Conferencia Austin pronunciada ante la Asociación Británica de Filosofía Legal y Social en 1978 y publicada en el *Archiv für Rechts-*

Como se sabe, MacCormick escribió sobre uno de los representantes contemporáneos del positivismo jurídico. Me refiero a H.L.A. Hart y la obra homónima²⁸³ de MacCormick. Hablando de esa obra es posible sostener que de su lectura se desprende que MacCormick es un autor positivista. Aunque, por una parte, el mismo MacCormick advierta que: “[l]a tarea de [ese] libro es ofrecer una crítica constructiva de la filosofía jurídica de Hart, por lo que habrá de incluir un escrutinio atento de sus elementos”²⁸⁴. Y por otra, se ha dicho que “existen diferencias a veces acusadas entre la filosofía jurídica y política de Hart y de MacCormick, diferencias acentuadas con el paso del tiempo”²⁸⁵. Efectivamente, se ha sostenido por ejemplo que: “[l]a evolución del pensamiento de Hart se tradujo en que algunos argumentos defendidos en *El concepto de Derecho* fueron posteriormente desautorizados. Éste es el caso de lo que en ocasiones se ha llamado el <argumento moral> en defensa del positivismo, firmemente defendido en su obra de 1961. Como confiesa el mismo MacCormick, la primera edición de *H.L.A. Hart* contenía una defensa entusiasta de este argumento. Su segunda edición mantiene intacto el razonamiento de la primera a favor de esta tesis, si bien reconoce que el argumento no cuenta ya con el amparo de Hart. Ahora bien, el argumento ha de conciliarse no sólo con la retractación de Hart, sino con la evolución posterior de MacCormick, en concreto con su tesis, de naturaleza ya post-positivista, según la cual el [D]erecho extremadamente injusto no es [D]erecho”²⁸⁶. Ya dije que antes de abordar la cuestión de si la teoría institucional del Derecho de MacCormick es una variedad de positivismo ético, me interesa prestar atención a si se trata de un autor positivista.

Sozialphilosophie, LXV (1979), pp. 387-410); *Id.*, “Los derechos de los niños: Una prueba para los teóricos del Derecho” (1976), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 129-137 (N. MACCORMICK, “Los derechos de los niños: Una prueba para los teóricos del Derecho”, *Archiv für Recht-und Sozialphilosophie*, núm. LXII, 1976, pp. 305-316) (Este texto se publicó además como N. MACCORMICK, “Los derechos de los niños. Un test para los teóricos de los derechos” (1976), trad. de N. Torbisco, en VV.AA., *Derechos de los niños: Una contribución teórica* (2004), compilación de I. Fanlo, Fontamara, 1ª reimp., México, 2008, pp. 61-76); *Id.*, “Nación y nacionalismo” (1979), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 197-209 (N. MACCORMICK, “Nación y nacionalismo”, en *The Crown and the Thistle*, editado por C. MacLean, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1979, pp. 99-111); e *Id.*, “Obligaciones voluntarias” (1972), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 155-170 (N. MACCORMICK, “Voluntary Obligations and Normative Powers”, *Aristotelian Society, Supplementary Volume*, núm. 46, 1972, pp. 59-78).

²⁸³ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), trad. de J.M. Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010 (N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford University Press, 2ª ed., 1981).

²⁸⁴ *Idem.*, p. 91.

²⁸⁵ J.M. PÉREZ BERMEJO, “Estudio Preliminar”, “Hart, o el tiempo recobrado”, a N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit., pp. 11-49, en especial p. 12.

²⁸⁶ *Idem.*, pp. 33 y 34.

Pues bien, a mi forma de ver las cosas, MacCormick, por lo menos en una primera etapa de su obra, es un autor positivista. Ya avancé que esta conclusión se obtiene, por ejemplo, de la lectura de *H.L.A. Hart*²⁸⁷. Además, no debe perderse de vista que según se ha dicho, “desde el punto de vista de la teoría jurídica, MacCormick recibe la influencia de Hart y de la filosofía jurídica analítica británica. En relación con las influencias filosóficas, el profesor de Edimburgo refleja los postulados de la filosofía analítica de Oxford y Cambridge”²⁸⁸. Debo advertir, por otro lado, que el mismo MacCormick se consideró en algún momento positivista, manifestando además su rechazo por la Teoría del Derecho natural. En efecto, en un escrito de 1977²⁸⁹, MacCormick dice que: “[h]abiendo concluido que el [D]erecho es una condición necesaria de la libertad civil y una garantía de la libertad justa mejor que cualquier otra que puedan ofrecer los que se oponen al sistema legal, [vuelve] a [la] [...] cuestión ¿Es la protección justa e igual de la libertad un rasgo esencial del verdadero [D]erecho? La idea de que ello es así pertenece a una rama de pensamiento político y jurídico occidental tradicional conocida como teoría del <[D]erecho natural>. [MacCormick no está] de acuerdo con ese punto de vista, así que [considerará] un ejemplo extremo en contra de la perspectiva más positivista que [tiene]”²⁹⁰. No es necesario, sin embargo, exponer dicho ejemplo. Me interesa, en cambio, insistir en el rechazo de MacCormick a la teoría del Derecho natural. Efectivamente, MacCormick objeta “el punto de vista del [D]erecho natural porque, en [su] opinión, plantea suposiciones ontológicas insostenibles sobre la existencia de principios del [D]erecho objetiva y racionalmente descubribles. Tales principios existen en no más allá de las convicciones razonadas y en la voluntad de los seres humanos. El [D]erecho existe no necesariamente de acuerdo con tales principios, sino como una compleja especie de hecho social –lo que en alguna otra parte [ha] denominado <hecho institucional>- [...] Ésa es una opinión del <positivismo legal>, que conlleva para [MacCormick] una propuesta más importante: que la existencia del [D]erecho nunca implica necesariamente una obligación moral de conformidad con él”²⁹¹. Hasta aquí la postura positivista de MacCormick defendida, como ya se dijo, por lo menos en algún momento de su obra. Si

²⁸⁷ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, cit.

²⁸⁸ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Introducción”, a *Id.*, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista...*, cit., p. 13.

²⁸⁹ N. MACCORMICK, “Libertades civiles y Derecho” (1977), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia...*, cit., pp. 43-58 (N. MACCORMICK, “Libertades civiles y Derecho”, es el texto revisado de una conferencia pronunciada en la Universidad Heriot-Watt de Edimburgo en 1977 y publicada ese año por la Universidad).

²⁹⁰ *Ídem.*, p. 53.

²⁹¹ *Ídem.*, p. 54.

esto es así, conviene ahora abordar la cuestión de si la teoría institucional del Derecho de MacCormick es una variedad de positivismo ético, prestando para ello atención a una de sus últimas obras, que como se recordará ya fue mostrada en el apartado anterior.

En efecto, como ya se dijo, en *Institutions of Law*²⁹², MacCormick presenta su versión de la que denomina “teoría institucional del [D]erecho”²⁹³. Esta, dice MacCormick, como se vio tiene como propósito ofrecer una mejor comprensión del Derecho, en comparación con otras teorías contemporáneas. El punto de partida es la idea de que el Derecho es un “orden normativo institucional”²⁹⁴. Sin que deba perderse de vista que, según MacCormick, “el [D]erecho del Estado contemporáneo es una forma de [D]erecho”²⁹⁵. Esta teoría se trata de una defensa del Derecho por su carácter institucionalizado. De este modo, para MacCormick, como ya se dijo es posible distinguir entre Derecho y moral. Si bien es cierto que ambos son órdenes normativos, no lo es menos que la moral es un orden sostenido por individuos autónomos. El Derecho, en cambio, es un orden institucionalizado respaldado por el Estado y sus autoridades. Esta distinción entre Derecho y moral, sin embargo, deja abierta la pregunta de si hay un elemento moral esencial al Derecho. La solución propuesta por MacCormick a esta cuestión “es que es esencial algún nivel mínimo de justicia. Reconocer como [D]erecho prácticas, reglas u ordenanzas que cualquier agente autónomo calificaría razonablemente como graves injusticias, no es exigido por la naturaleza de un orden normativo institucional. No es problemático aceptar como un límite a la validez de las normas jurídicas alguna exigencia mínima que excluya injusticias graves. En el mundo contemporáneo, estos límites han sido institucionalizados en parte a través de las convenciones de derechos humanos [...] Esta conclusión exige reconocer que la teoría institucional del [D]erecho en su forma actual, a pesar de que fue originalmente desarrollada dentro de la escuela de pensamiento conocida como <positivismo jurídico>, no es ahora una teoría <positivista>. Sea o no que uno elija calificarla como parte de la tradición del <[D]erecho natural>, esta teoría es ciertamente postpositivista”²⁹⁶.

Ya se dijo que para MacCormick el Derecho es un orden normativo institucional. Señalé que esta es la diferencia entre Derecho y moral. Pues bien, esta afirmación, dice

²⁹² N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, cit.

²⁹³ N. MACCORMICK, “Prefacio”, a *Id.*, *Instituciones del Derecho*, cit., p. 13.

²⁹⁴ N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, cit., p. 17.

²⁹⁵ Ídem., p. 27.

²⁹⁶ Ídem., p. 22.

MacCormick, no justifica que el Derecho pueda tener cualquier contenido. Pues como se acaba de ver, para MacCormick, el Derecho debe cumplir con algún nivel mínimo de justicia. Esta es la tesis del mínimo moral²⁹⁷. En sus palabras: “[c]on todo lo controvertible que son las preguntas morales profundas, es indiscutible que alguna orientación a la justicia y al bien común resulta esencial para la legítima participación en la creación legislativa del [D]erecho y para la creación y aplicación judicial del [D]erecho”²⁹⁸. De este modo, como ya se dijo, para MacCormick es razonable establecer ciertos límites sobre lo que es aceptado como Derecho válido. Lo que se quiere decir es que: “[d]isposiciones que no puedan ser justificadas por referencia a algún argumento moral razonable no deberían ser consideradas leyes válidas”²⁹⁹.

Esto no significa, sin embargo, que MacCormick rechace, por ejemplo, la tesis de las fuentes sociales. En efecto, según MacCormick: “[l]a presente explicación institucionalista del [D]erecho deja a la vista claramente el carácter <positivo> de las disposiciones legales establecidas en tratados, [C]onstituciones, leyes, normas administrativas y en sentencias de los tribunales [...] El carácter <positivo> del [D]erecho no es más que el atributo de que es establecido a través de actos humanos intencionales que tienen por objeto regular la conducta humana”³⁰⁰. Admitir la tesis de las fuentes sociales no quiere decir que MacCormick sea un autor positivista, por lo menos en esta última parte de su obra. Digo esto además porque, por una parte, sostener como lo hace MacCormick la tesis del mínimo moral compromete seriamente una de las afirmaciones características del positivismo jurídico. Que no es otra más que la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Y por otra, digo que MacCormick no es un autor positivista pues como ha quedado de manifiesto él mismo reconoce que su teoría es postpositivista³⁰¹. En sus palabras: “[l]a teoría ha evolucionado más allá de las convicciones características del positivismo jurídico que [MacCormick] suscribía en 1973. En respuesta a los debates de esas décadas, [su] posición ha cambiado hacia una de tipo postpositivista”³⁰².

²⁹⁷ J.M. PÉREZ BERMEJO, “Estudio Preliminar”, “Hart, o el tiempo recobrado”, a N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart, cit.*, p. 36.

²⁹⁸ N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho, cit.*, pp. 299 y 300.

²⁹⁹ Ídem., p. 300.

³⁰⁰ Ídem., p. 301.

³⁰¹ C. MICHELON JR., “MacCormick’s Institutionalism between theoretical and Practical Reason”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 53-62, en especial p. 59.

³⁰² N. MACCORMICK, “Prefacio”, a *Id.*, *Instituciones del Derecho, cit.*, p. 13.

MacCormick reitera esta idea en otros textos, cuando afirma, por ejemplo, que: “[e]l paso del tiempo [le] ha dado también la oportunidad de adoptar una perspectiva más duradera sobre los temas objeto del libro [se refiere a *H.L.A. Hart*] y de reconocer que [ha] terminado caracterizando [su] propio trabajo como decididamente post-positivista, y que [su] posición está ahora mucho menos estrechamente alineada con la de Hart que en 1981”³⁰³, en que se publicó la primera edición de la obra citada. Incluso, como se vio, MacCormick reconoce que su planteamiento lejos del positivismo jurídico se ubica en la teoría del Derecho natural. Así, MacCormick hablando de su obra explica que: “[l]os trabajos se enmarcan dentro de una <teoría iusnaturalista del [D]erecho> de carácter marcadamente post-positivista. El más reciente, *Institutions of Law*, se inclina en todo momento por un punto de vista alternativo al de Hart respecto a muchos de los problemas abordados en [ese] libro, reconociendo, sin embargo, una deuda inmensa con la obra y la influencia de Hart”³⁰⁴. Creo, sin embargo, que este alejamiento de MacCormick obedece a que, en esta última parte de su obra, considera que el positivismo jurídico, en cualquiera de sus variedades incluido el positivismo ético, es un planteamiento insuficiente para explicar el Derecho. Digo esto porque MacCormick, en respuesta a una pregunta de Atienza sobre si sigue siendo un autor positivista, afirma que: “[e]n *Institutions of Law* [...] [declara] que [su] posición es postpositivista. Hemos tenido mucho que aprender del positivismo analítico en aspectos que [MacCormick cree que] Dworkin no ha sabido apreciar, pero el positivismo mismo es insostenible (bien sea duro, blando, incluyente, excluyente o axiológico)”³⁰⁵. Si lo hasta aquí dicho es correcto, creo que es posible sostener que la teoría institucional del Derecho de MacCormick no es una variedad de positivismo ético. Incluso, debo advertir que a mi forma de ver las cosas el planteamiento de MacCormick no es positivismo jurídico. Digo esto, por ejemplo, porque considero que la tesis del mínimo moral que defiende MacCormick compromete seriamente la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral.

Hasta aquí, en fin, el positivismo ético. No se pierda de vista que mi propósito fue mostrar algunas variedades de este planteamiento sobre el Derecho. Y téngase presente además que la mejor forma para ello fue exponer ciertos aspectos de las teorías de algunos

³⁰³ N. MACCORMICK, “Palabras adicionales sobre la segunda edición” (2007), a *Id.*, *H.L.A. Hart*, *cit.*, p. 53.

³⁰⁴ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, *cit.*, p. 74.

³⁰⁵ M. ATIENZA, “Entrevista a Neil MacCormick”, *Doxa*, núm. 29, 2006, pp. 479-489, en especial p. 488.

de los autores (Campbell, Atria y Waldron) que han sido considerados representantes de esta línea de pensamiento. Esto ha sido necesario porque recuérdese que en este apartado estoy formulando un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente al positivismo ético. Por ello, convendrá señalar algunas objeciones que se han formulado a este planteamiento sobre el Derecho, a fin de mostrar si estas son oponibles a la teoría de Hart. Una primera objeción al positivismo ético es que resulta insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional. Esta objeción es formulada, por ejemplo, por S. Stolz. En efecto, para ella “se puede argüir que la debilidad del positivismo ético estriba en que este modelo resulta ser irrelevante o mejor dicho, resulta ser una teoría que no explica adecuadamente ni los sistemas jurídicos, ni las prácticas interpretativas llevadas a cabo en los Estados de Derecho [d]emocráticos constitucionales”³⁰⁶. Stolz, sin embargo, no aporta razón alguna para sostener esta afirmación. No es aquí, por otro lado, el lugar para pronunciarme sobre si el positivismo jurídico hartiano, a diferencia del positivismo ético, es capaz de explicar el Derecho del Estado constitucional. Digo esto porque como se sabe este será el objeto de la segunda parte de la investigación. En cambio, creo conveniente avanzar sobre otras objeciones al positivismo ético. Otra crítica a este planteamiento sobre el Derecho es que se trata de una teoría normativa. Creo que esto es lo que quiere decir, por ejemplo, P. Rivas cuando afirma que: “[e]l problema que el positivismo ético puede tener que afrontar es el de la comprobación empírica de si el Derecho puede alcanzar los fines de índole moral y política que se le asignan”³⁰⁷. En mi opinión, otra forma de formular esta objeción es que debemos ser cautelosos con las teorías normativas. Digo esto, por una parte, porque creo que primero debemos describir el Derecho, es decir, saber qué es Derecho, qué cuenta como Derecho, antes de pronunciarnos sobre cómo debería ser. Debo conceder, sin embargo, que tienen razón aquellos planteamientos que sostienen que no es tan claro que se pueda describir el Derecho sin una idea de lo que debe ser. Lo que se viene a decir al final es que la opción por un concepto u otro de Derecho es “normativa”. No obstante, creo que el teórico debe describir los usos de los términos. Esta vía, que dicho sea de paso es por la que opta Hart, es, pues, a mi forma de ver las cosas, la más adecuada, a pesar de las opiniones en contrario de autores como por ejemplo Dworkin. Y por otra, considero que debemos ser cautelosos con toda teoría normativa porque quizás el “cómo debería ser el Derecho” no es otra cosa más que la postura del

³⁰⁶ S. STOLZ da SILVEIRA, *Derecho, derechos y democracia...*, cit., p. 228.

³⁰⁷ P. RIVAS, *La interpretación del Derecho en el positivismo ético contemporáneo*, cit., p. 81.

autor que suscribe la teoría. Está fuera de discusión, por otro lado, que esta objeción no es aplicable a una Teoría del Derecho descriptiva como lo es el positivismo jurídico hartiano.

Defenderé que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente al positivismo ético. Como se acaba de ver, algunas de las objeciones que se han formulado a este planteamiento sobre el Derecho no son en mi opinión aplicables a la teoría de Hart. Es decir, creo que debemos aceptar una teoría descriptiva como lo es la de Hart, y ser cautelosos con una teoría normativa como la propuesta por el positivismo ético. Señalaría, por otro lado, que en mi opinión algunos planteamientos del positivismo ético son poco plausibles. Como se recordará, los positivistas éticos defienden la primacía de la ley en detrimento de la decisión del juez por un argumento democrático. El positivismo ético viene a sugerir que la Teoría del Derecho debe ser normativa porque recomienda que el sistema jurídico debe ser desarrollado a través de reglas que sean de tal manera claras, evitándose por ejemplo el uso de un lenguaje moral, que permitan al juez aplicar la ley y al ciudadano obedecerla sin acudir a juicio moral alguno. Digo que este planteamiento es poco plausible porque los positivistas éticos se limitan a enunciar esta recomendación, pero no le dicen al legislador cómo redactar una regla clara o bien, cómo evitar el uso de un lenguaje moral. En suma, por una parte, la cautela con la que en mi opinión debemos tratar a las teorías normativas y, por otra, el hecho de que algunos planteamientos del positivismo ético me parecen poco plausibles, creo que son buenas razones para concluir en este apartado que el positivismo jurídico hartiano es una mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente al positivismo ético.

La primera conclusión de este capítulo es que, en mi opinión, el positivismo jurídico hartiano es una variedad de positivismo jurídico excluyente. Digo esto porque como se ha insistido si bien es cierto que Hart, en respuesta a Dworkin, admite que la regla de reconocimiento sí proporciona criterios para identificar el Derecho por su contenido, no lo es menos que con ello Hart, a diferencia de Dworkin, no se refiere a principios de moral objetiva. Como ya se ha dicho también, para hablar de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral es necesario elucidar de qué tipo de moral se trata. Creo que Hart cuando afirma que entre Derecho y moral existen numerosas e importantes conexiones que son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente está hablando de la moral social. Aquí, considero que tiene razón Raz cuando afirma que

la moral social no representa problema alguno para una teoría positivista, porque la moral social está basada en fuentes. Pero si hablamos de la moral objetiva la tesis de la separación conceptual cambia. Pues esta vendría a decir que la determinación de la validez jurídica es independiente de un argumento moral (objetivo). Esta idea como se sabe es la afirmación central del positivismo jurídico excluyente que, en mi opinión, Hart admitiría. Y por ello sostengo que su teoría es una variedad de positivismo jurídico excluyente. Digo que Hart admitiría esta idea, pues no debe perderse de vista que, aunque deja abierta la cuestión de la moral objetiva, nos alerta que si los hechos morales objetivos no existen, el juez ejerce discreción y crea Derecho. Este es un argumento importante sobre el que volveré un poco más adelante. Aquí lo que me interesa enfatizar es que en mi opinión Hart no admite la moral objetiva. Pero también debo decir que este tipo de moral no representa problema alguno para una teoría positivista. Esto es así, por una parte, porque creo que tiene razón Raz cuando explica el papel de la moral objetiva en el Derecho a través de su tesis de las reglas de conflicto. Y por otra, considero también que Waldron acierta cuando nos dice que ya sea que hablemos de moral social o bien, de moral objetiva, en última instancia, lo que prevalece como Derecho es la decisión del juez. En fin, sobre lo que quiero insistir aquí es en que el positivismo jurídico hartiano es una variedad de positivismo jurídico excluyente. Pero recuérdese que estoy formulando un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión excluyente representada por la teoría de Raz y las variedades del positivismo ético.

Efectivamente, creo que la teoría de Hart es una mejor comprensión frente al positivismo ético por las razones ya apuntadas. Esto es, por la cautela con la que en mi opinión debemos tratar a las teorías normativas, así como por la poca plausibilidad que a mi forma de ver las cosas tienen algunos planteamientos del positivismo ético. Por otro lado, creo que la teoría de Hart es una mejor comprensión frente a la teoría de Raz. Pero aquí el análisis es un poco más interesante. Digo esto porque debo reconocer la aportación de Raz a la Teoría del Derecho. Me refiero a sus ideas sobre el sistema jurídico y la validez como aplicabilidad a las que prestaré atención más adelante, así como a las tesis de las razones excluyentes y de la autoridad del Derecho que fueron mostradas. Pero buena parte de la teoría de Raz, aunque plausible, creo que es poco original. Esto es así, porque las ideas de una teoría general y descriptiva del Derecho o bien, las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad

judicial a partir de la idea de la indeterminación parcial del Derecho ya estaban presentes en *The Concept of Law*³⁰⁸ antes que en la obra de Raz. De este modo, la segunda conclusión de este capítulo es que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión excluyente representada como ya se dijo por la teoría de Raz y las variedades del positivismo ético. De hecho, a mi forma de ver las cosas, existen argumentos para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Esta es la conclusión de la primera parte de la investigación. El primero de estos argumentos como se recordará viene a decir que la teoría de Hart resistió la crítica de Dworkin. Porque si los hechos morales objetivos no existen, las críticas de Dworkin pierden fuerza y, en consecuencia, Hart tiene razón cuando afirma que el juez ejerce discreción y crea Derecho, la regla de reconocimiento identifica todo estándar, y el Derecho es un modelo de normas (reglas y principios). Pero si los hechos morales objetivos no existen, es posible afirmar que las variedades de positivismo jurídico incluyente también pierden fuerza. Este es como ya se dijo un argumento para sostener que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, frente a la versión incluyente. Pero como se acaba de señalar creo que también lo es frente a la versión excluyente por las razones apuntadas, y de aquí un tercer argumento. En suma, el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista. Lo interesante ahora es preguntarnos si también lo es frente a teorías no positivistas. Para ello, propongo como banco de prueba el Derecho de aquella organización política que si bien es cierto que no es la única en el tiempo en que vivimos, no lo es menos que sí es el derrotero de las discusiones en Filosofía del Derecho. Me refiero al Derecho del Estado constitucional.

³⁰⁸ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2007 (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Londres, 1961).

SEGUNDA PARTE

Positivismo jurídico hartiano y el Derecho del Estado constitucional

CAPÍTULO IV

La incorporación en la Constitución de contenidos materiales

La presencia de una Constitución es uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional. No se trata, sin embargo, de cualquier texto. En efecto, la Constitución en este modelo de sistema jurídico presenta ciertas características. Estas pueden resumirse en la supremacía y rigidez de la Constitución. Otro de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Si esto es así, el neoconstitucionalismo argumenta que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, porque no puede dar cuenta de estándares distintos de las reglas, y si además estos contenidos materiales incorporados en la Constitución son moral, se vulneran algunas de las tesis características de este planteamiento sobre el Derecho, como lo son la de las fuentes sociales y la de la separación conceptual entre Derecho y moral.

Pues bien, el objeto del presente capítulo es desarrollar este argumento. Para ello, prestaré atención a la idea de que la Constitución es una norma jurídica suprema y rígida (1). Posteriormente, me detendré en el papel de los contenidos materiales. Esto es, qué quiere decir la presencia de valores, principios y derechos fundamentales en el texto constitucional (2). Como ya apunté, por otro lado, tengo ciertas dudas sobre algunos de los rasgos del Derecho del Estado constitucional, así como de los presupuestos del neoconstitucionalismo. Me cuestionaré, por una parte, si la incorporación en la Constitución de contenidos materiales es un rasgo del Derecho del Estado constitucional. Y por otra, pondré en duda si estos contenidos son moral. Finalmente, analizaré si el positivismo jurídico hartiano es capaz de explicar la incorporación en la Constitución de contenidos materiales (3).

Recuérdese que la finalidad de esta segunda parte de la investigación es mostrar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho, frente a teorías no positivistas como, por ejemplo, las neoconstitucionalistas, y que es capaz de explicar el Derecho del Estado constitucional. Con este propósito, como decía, desarrollaré algunos de los argumentos de las teorías neoconstitucionalistas para defender que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar este modelo de sistema jurídico.

1. La Constitución como norma jurídica suprema y rígida

No hay un concepto unívoco de Constitución¹. Sin embargo, las teorías neoconstitucionalistas sostienen que la presencia de una Constitución, entendida como norma jurídica suprema y rígida, es uno de los rasgos del Derecho del Estado

¹ R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho: (Introducción al estudio del Derecho)* (1974), Civitas, 6ª ed., Madrid, 1993, p. 128; F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y ordenamiento jurídico” (1992), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 177-201, en especial p. 178 (F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y ordenamiento jurídico”, publicado en *Fuentes del Derecho, II: Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid, Tecnos, 1992); E.W. BÖCKENFÖRDE, “El poder constituyente del pueblo: Un concepto límite del Derecho constitucional” (1986), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 159-180, en especial p. 176 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts” (1986), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991); P. COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 41-67, en especial pp. 43 y 44 (Este texto se publicó además como P. COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 123-154); M. FIORAVANTI, “Prólogo”, a *Id.*, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días* (1999), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 2ª reimp., Madrid, 2011, pp. 11-13, en especial p. 11 (M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1999); D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales* (1991), trad. de R. Sanz Burgos y J.L. Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, 2006, p. 27 (D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991); R. GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 15-27, en especial p. 15 (Este texto se publicó además como R. GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución” (1999), trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 93-107) (R. GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución”, publicado en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, junio-diciembre de 1999) (R. GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 23-39); H. HELLER, *Teoría del Estado* (1934), trad. de L. Tobio, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 2ª reimp., México, 2002, pp. 316 y 317 (H. HELLER, *Staatslehre*, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, N.M., Leyden, 1934); G. JELLINEK, *Teoría General del Estado* (1911), trad. de F. de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., México, 2004, pp. 326 y 457 (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., 1911); F. LASSALLE, “¿Qué es una Constitución?” (1862), en *Id.*, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Rocas, Coyoacán, 15ª reimp., México, 2008, pp. 39-76, en especial pp. 45, 52, 57, 58 y 75 (F. LASSALLE, “¿Qué es una Constitución?”, conferencia pronunciada ante una agrupación ciudadana de Berlín, en abril de 1862) (F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen*, 1862); *Id.*, “¿Y ahora?” (1862), en *Id.*, *¿Qué es una Constitución?*, cit., pp. 77-116, en especial p. 77 (F. LASSALLE, “¿Y ahora?”, segunda conferencia sobre problemas constitucionales (noviembre de 1862)); K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución* (1957), trad. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1976, pp. 89, 149 y 164 (K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957); F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente de Derecho” (1993), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 155-176, en especial p. 155 (F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente de Derecho”, publicado en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (2ª ed., 1997)); C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), s.t., Nacional, México, 1981, pp. 3, 27, 33, 128 y 422 (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928); M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho* (1990), Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª reimp., Madrid, 1991, p. 135; y G. ZAGREBELSKY, “La Constitución y sus normas” (1993), trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 67-92, en especial p. 67 (G. ZAGREBELSKY, “La Constitución y sus normas”, publicado en *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, 2ª ed., Turin, UTET, 1993 (reimp., 1998)).

constitucional². La Constitución, según estas teorías, en primer término, es una norma jurídica³. Lo que quiere decir que es vinculante. A esta idea creo que se refiere P. Comanducci cuando señala que “un [D]erecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”⁴. Que la Constitución sea una norma jurídica quiere decir que a ella están sujetos los poderes públicos. Por ejemplo, porque esta norma los limita⁵. Pero la Constitución no sólo es vinculante para ellos. En algunos contextos, también lo es para los particulares⁶. Decir que la Constitución es una norma jurídica significa, por otro lado, que genera derechos y obligaciones⁷ para estos sujetos.

² M. ARAGÓN REYES, “La Constitución como paradigma”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 29-40, en especial p. 32 (Este texto se publicó además como M. ARAGÓN REYES, “La Constitución como paradigma” (1998), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 109-122) (M. ARAGÓN REYES, “La Constitución como paradigma”, publicado en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998); y J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley: ¿El constitucionalismo del Derecho Libre?*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, p. 81.

³ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y ordenamiento jurídico” (1992), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 177; M. CARBONELL, “Presentación”, a VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. IX-XIII, en especial p. X; P. COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., p. 44; E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Prólogo”, a *Id.*, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 19-34, en especial pp. 30 y 31; L. GARCÍA JARAMILLO, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 208-246, en especial pp. 210 y 211; y R. GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., p. 21.

⁴ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 85-121, en especial p. 86.

⁵ E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho* (1940), trad. de V. Herrero, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., México, 1964, p. 52 (E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, McGraw Hill, Nueva York-Londres, 1940); y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 181.

⁶ L.M. CRUZ, “Introducción”, a *Id.*, *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos: Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005, pp. 1-8, en especial p. 1.

⁷ R. GUASTINI, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (1998), trad. de J.M. Lujambio, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 147-177, en especial pp. 152 y 155 (Este texto se publicó además como R. GUASTINI, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (1998), trad. de J.M. Lujambio, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 49-73) (R. GUASTINI, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, una versión en francés de este ensayo fue presentado en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 1998), en la sesión coordinada por Louis Favoreu, dedicada a <La constitucionalización del ordenamiento jurídico>; L. PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 123-158, en especial p. 128; y F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente de Derecho” (1993), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 160.

Esto quiere decir que la Constitución es de aplicación directa⁸. El neoconstitucionalismo defiende el carácter normativo de la Constitución⁹. En Europa, esta es una novedad a mediados del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial. Es decir, a partir de este momento histórico: “[l]as Constituciones dejaron [...] de entenderse como mero sistema simbólico de principios ideológicos y de formulaciones políticas, para pasar a ser normas jurídicas”¹⁰. Se trata del tránsito de la idea de Constitución como norma programática¹¹ a norma jurídica. M. Fioravanti, por ejemplo, explica esta idea en *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*¹². Creo que está justificado referirme aquí a esta postura, pues como se ha sostenido “Fioravanti ha asumido desde el principio la tarea de reconstruir el constitucionalismo partiendo de sus raíces, con un rigor y fortuna tales que le han llevado a situarse, por mérito propio, como uno de los principales cultivadores actuales de la especialidad”¹³. No me detendré, sin embargo, en lo que Fioravanti llama la “Constitución de los Antiguos”¹⁴, la “Constitución medieval”¹⁵ o bien, la “Constitución de los modernos”¹⁶.

⁸ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y ordenamiento jurídico” (1992), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 185; E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 63; y L. PRIETO SANCHÍS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 305-342, en especial p. 322.

⁹ J.I. NÚÑEZ LEIVA, “Prefacio”, a *Id.*, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., pp. XVII-XX, en especial p. XVIII; L. PAREJO ALFONSO, “Introducción”, a *Id.*, *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 19-22, en especial p. 20; y L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45, en especial pp. 31 y 32 (L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional”, ponencia presentada al Congreso Internacional sobre teoría y técnica legislativa, organizado bajo la dirección del Dr. Ernesto Vidal en la Universidad de Valencia del 27 al 30 de octubre de 1997). En contra de la idea de Constitución normativa defendida por algunas teorías neoconstitucionalistas, véase la distinción entre el carácter normativo, nominal y semántico que propone K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 216-219.

¹⁰ P. de VEGA, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX” (1998), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 3-44, en especial p. 30 (P. de VEGA, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, publicado en *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998).

¹¹ M. CARBONELL, “El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 153-164, en especial p. 160; E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Civitas, 3ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1988, p. 39; K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 160; y N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 83.

¹² M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones* (1991), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 6ª ed., Madrid, 2009 (M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, G. Giappichelli Editore, 1991).

¹³ C. ÁLVAREZ ALONSO, “Presentación” (1996), a M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 11-17, en especial p. 12.

¹⁴ M. FIORAVANTI, *Constitución...*, cit., pp. 15-31.

¹⁵ *Ídem.*, pp. 33-70.

¹⁶ *Ídem.*, pp. 71-164.

Me interesa, en cambio, como se acaba de decir, prestar atención a su explicación sobre el tránsito de la Constitución entendida como norma programática a la idea de Constitución como norma jurídica.

Pues bien, Fioravanti afirma que de libertad se puede hablar en singular o bien, en plural. A esta última idea, es decir, a las libertades entendidas como derechos se propone dedicar esa obra, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*¹⁷, preguntándose qué lugar ocupan en nuestra tradición cultural. Para entender qué implica el neoconstitucionalismo, creo que es importante referirme aquí a estas ideas de Fioravanti. Porque, como decía, me permitirán explicar una de sus tesis, que no es otra más que el carácter normativo de la Constitución, así como mostrar algunas de las diferencias entre las revoluciones americana y francesa. El punto de partida de la explicación es distinguir entre tres fundamentaciones teóricas de las libertades. Fioravanti se refiere a los modelos historicista, individualista y estatalista. Estos, advierte Fioravanti, no se han presentado de forma “pura”, sino combinados. De esta manera, según Fioravanti, “tenemos una doctrina individualista y estatalista de las libertades, construida en clave antihistoricista (en la revolución francesa), una doctrina individualista e historicista, construida en clave antiestatalista (en la revolución americana); y, finalmente, una doctrina historicista y estatalista, construida en clave antiindividualista (en los juristas del Estado de [D]erecho del siglo XIX)”¹⁸. A estas combinaciones me referiré más adelante. Aquí, en cambio, conviene detenerme en cada uno de estos modelos. Así, el modelo historicista se refiere a libertades civiles, esto es, negativas pues se traducen en la posibilidad de obrar sin impedimentos. El ejemplo de este modelo es el caso inglés medieval. Según Fioravanti: “[e]s posible entonces llegar a una conclusión, relativa al modelo historicista en general y, más en particular, al constitucionalismo inglés. Característica principal de uno y de otro es el lugar absolutamente privilegiado que en él ocupan las libertades civiles, las <negativas> patrimoniales y personales, es decir, *la libertad como seguridad*. Esto no significa que en tal contexto no se desarrollen también las libertades políticas, las <positivas>; no se debe olvidar nunca que Inglaterra desarrolla una práctica electiva parlamentaria mucho antes que ningún otro país europeo”¹⁹.

¹⁷ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, cit.

¹⁸ Ídem., p. 25.

¹⁹ Ídem., pp. 34 y 35.

El modelo individualista, por su parte, implica para Fioravanti una ruptura con el modelo historicista y medieval. Pues se trata de la edad moderna que, en sus palabras, “es la edad de los derechos individuales y del progresivo perfeccionamiento de su tutela, *precisamente porque* es la edad de la progresiva destrucción del medievo y del orden feudal y estamental del gobierno y de la sociedad”²⁰. Se afirman los derechos del hombre y del ciudadano, y no ya de los estamentos. Así, dice Fioravanti, recuérdese la Declaración francesa de 1789. Para el modelo individualista, a diferencia del historicista, no es ya Inglaterra el paradigma sino Francia.

El modelo individualista se distingue del estatalista, al que me referiré a continuación, según Fioravanti, “porque admite y quiere, al comienzo de la experiencia colectiva, *la sociedad de los individuos políticamente activos*, con su autónoma subjetividad distinta y precedente al Estado, que impone respectivamente *la presunción general de libertad* y la presencia de *un poder constituyente* ya estructurado”²¹. El modelo estatalista no considera, a diferencia del individualista, a los derechos como previos al Estado. Para el modelo estatalista, en palabras de Fioravanti, “la autoridad del Estado es algo más que un instrumento necesario de tutela: es *la condición necesaria* para que las libertades y los derechos *nazcan* y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos”²².

Conviene insistir en que es relevante revisar los modelos de fundamentación teórica de las libertades, porque son el punto de partida de Fioravanti para explicar el carácter normativo de la Constitución, y mostrar algunas diferencias entre las revoluciones americana y francesa. Como ya se dijo, estos modelos no se han presentado de forma pura en la historia, sino más bien combinados entre sí. De esta manera, convendrá ahora mostrar algunas de estas combinaciones. Fioravanti se refiere a las revoluciones francesa y americana. La revolución francesa, por su parte, implicó una combinación como se vio entre los modelos individualista y estatalista. Se deja de lado el modelo historicista. Esto queda claro si prestamos atención a los dos valores que contiene la Declaración de 1789. Estos, para Fioravanti, son el individuo y la ley como expresión de la voluntad general. Es significativo que aquí la palabra “ley”, dice Fioravanti, “contiene inseparablemente junto al significado de *límite* al ejercicio de las libertades, de

²⁰ Ídem., p. 35.

²¹ Ídem., p. 43.

²² Ídem., p. 46.

sumisión, el de *garantía* de que los individuos ya no podrán ser ligados por ninguna forma de autoridad que no sea la del legislador intérprete legítimo de la voluntad general”²³. Así, es posible hablar del fenómeno del “legicentrismo”. Este viene a decir que la ley no es un mero instrumento de garantía de los derechos, sino que se trata de un valor en sí que hace posible los derechos.

Para Fioravanti, se habla del “gran mito del legislador que encarna la voluntad general, que habla la lengua nueva de la generalidad y de la abstracción. A su máxima autoridad corresponde la máxima garantía de que ningún hombre podrá ser limitado en sus derechos por otro hombre si no es sobre la base de la ley, ahora *única autoridad legítima*”²⁴. Pero el legicentrismo no es el único factor novedoso de la revolución francesa, pues también lo es el poder constituyente. Este viene a decir que la nación o el pueblo deciden un nuevo orden social y político. Así, según Fioravanti, el poder constituyente no es otra cosa más que el “poder originario y soberano de los ciudadanos políticamente activos de decidir sobre la suerte futura del modelo político-constitucional”²⁵. No es necesario, por otro lado, referirme aquí a la distinción entre democracia directa o representativa sobre la que habla Fioravanti. Me interesa, en cambio, insistir en que, en la Declaración de 1789 en particular, y en la revolución francesa en general, “todo remite a la ley y a la autoridad del legislador”²⁶. Este último a través de su producto, la ley, a diferencia de lo que sucedía en el modelo inglés, será quien garantice los derechos. Pero, para la revolución francesa no habrá necesidad de controlar esta garantía. Porque, según Fioravanti, “el legislador *no puede lesionar* los derechos individuales porque es *necesariamente* justo; y es tal porque encarna en sí la voluntad general del pueblo o nación”²⁷.

Hablando de la garantía de los derechos, por otro lado, es posible sostener, dice Fioravanti, que la revolución francesa no conoció la idea de rigidez constitucional. Lo que se discutió, en cambio, fue “la moderna noción prescriptiva de [C]onstitución”²⁸. Pero a ella me referiré más adelante. Aquí conviene avanzar sobre la revolución americana y su idea de Constitución. Esta revolución, a diferencia de la francesa, combina como ya se

²³ Ídem., p. 58.

²⁴ Ídem., p. 62.

²⁵ Ídem., p. 64.

²⁶ Ídem., p. 70.

²⁷ Ídem., p. 73.

²⁸ Ídem., p. 74.

dijo los modelos individualista e historicista. Esto es así, porque la revolución americana, a diferencia de la francesa, no se pronunció frente a un “antiguo régimen”. Se proclamó sí la independencia respecto de Inglaterra, pero no hubo oposición al pasado. En palabras de Fioravanti: “[e]n efecto, la necesidad de construir un mundo nuevo y un nuevo sistema político fundado sobre el valor preeminente de los derechos naturales individuales, sobre los *Rights*, no excluía para nada el hecho de que los protagonistas de esta operación se sintiesen orgullosamente *Englishmen*, hijos de una tradición histórico-constitucional que había ofrecido aportaciones de primer orden a la causa de los derechos y libertades”²⁹.

Esta es una primera diferencia entre las revoluciones americana y francesa. Otra obedece a la respuesta que se dio a la pregunta de frente a quién se afirman los derechos en los textos franceses y americanos. En el primer caso, es decir, el de la Declaración de 1789, lo fue frente al antiguo régimen. No así en los textos americanos como la Declaración de Independencia de 1776 o bien, en la Declaración de Derechos de Virginia del mismo año. No es necesario abordar aquí como lo hace Fioravanti las causas de la independencia. Creo que sólo conviene apuntar que, según Fioravanti, “la revolución americana, a diferencia de la francesa, parte de la necesidad *de oponerse a un legislador que se supone fuera de los confines de su legítima jurisdicción*. Tirano es un preciso y definido poder público que actúa de manera ilegítima [Fioravanti se refiere al Parlamento inglés que gravó con impuestos a las colonias sin contar con el consentimiento de sus Asambleas representativas] y no todo un sistema, como en el caso de la revolución francesa”³⁰.

Queda clara, dice Fioravanti, para la revolución americana, a diferencia de la francesa, la desconfianza frente al legislador. La diferencia de la que estamos hablando entre las revoluciones americana y francesa es, en palabras de Fioravanti, “que la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de *un legislador virtuoso*, que es tal porque es altamente representativo del pueblo o nación, más allá de las facciones o de los intereses particulares; mientras que la revolución americana *desconfía de las virtudes de todo legislador* [...] y, así, confía los derechos y libertades *a la* [C]onstitución, es decir, a la posibilidad de limitar al legislador con una norma de orden superior”³¹. Así, continúa Fioravanti: “[l]a [C]onstitución para los americanos, más allá

²⁹ Ídem., p. 78.

³⁰ Ídem., p. 82.

³¹ Ídem., p. 83.

de la tradición británica, debe corresponder a un texto orgánico escrito, que el cuerpo constituyente soberano ha querido, y que como tal puede ser de hecho opuesto a los gobernantes que hayan actuado de manera ilegítima, es decir, contraria a la [C]onstitución”³². Esta idea presupone a un poder constituyente. Este como se recordará estuvo también presente en la revolución francesa. Efectivamente, en palabras de Fioravanti: “[l]as revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular. Se trata, en pocas palabras, del *poder constituyente* que los colonos americanos ejercieron primero en 1776, con la finalidad de declarar su independencia de la madre patria inglesa y, después, en los años siguientes, con la finalidad de poner en vigor las [C]onstituciones de los distintos Estados y la [C]onstitución federal de 1787. Poder constituyente que los mismos revolucionarios franceses ejercitaron a partir de 1789, con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política”³³.

Ambas revoluciones, por otro lado, comparten la tesis de la soberanía del pueblo. La diferencia es que la revolución americana planteó, según Fioravanti, que “el ejercicio del poder constituyente puede traducirse en la atribución al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores, quitándoles toda atribución de soberanía y *subordinando sus leyes a la [C]onstitución, entendida como máxima fuente de [D]erecho*. En otras palabras, en la experiencia estadounidense *el concepto de poder constituyente se une desde el principio al de rigidez constitucional*, es decir, a la presencia de reglas fijas – más difíciles de reformar que las contenidas en leyes ordinarias-, a la presencia de un núcleo fuerte y rígido del pacto constituyente, que debe ser defendido en primer lugar del posible arbitrio del legislador, sobre todo para garantizar y tutelar los derechos y libertades individuales”³⁴. Se trató de una Constitución rígida. Lo que aquí me interesa enfatizar es que, para Fioravanti, “la comparación entre las dos grandes revoluciones de finales del setecientos, francesa y americana, lleva a individualizar *dos tipos fundamentales de [C]onstitución* que se entrelazan dentro de la teoría e historia del constitucionalismo moderno. De una parte, la [C]onstitución como norma directiva

³² Ídem., pp. 84 y 85.

³³ M. FIORAVANTI, *Constitución...*, cit., p. 103.

³⁴ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 90.

fundamental, que llama a todos los poderes públicos y a los individuos a trabajar por el cumplimiento de *una empresa colectiva*, en teoría para la realización de una sociedad más justa; de otra, la [C]onstitución como *norma fundamental de garantía*, que deja a todas las fuerzas en juego y a los individuos el poder de definir *sus fines* libremente, limitando de manera cierta y segura la capacidad de influencia de los poderes públicos, en la línea del gobierno limitado”³⁵. En el siglo XIX, según Fioravanti, ambos tipos de Constitución fueron objetados. Efectivamente, a la Constitución como norma directiva fundamental se criticó ser una “amenaza” para los liberales que, en la Europa decimonónica, comenzaron a configurar la idea de Estado de Derecho. Esto es así, pues esta Constitución evocaba la idea de un poder constituyente “movilizado”. Frente a ello, el Estado liberal de Derecho, según Fioravanti, “manifiesta sobre todo *una fuerte necesidad de estabilidad*, la búsqueda –casi obsesiva– de un desarrollo gradual, tranquilo y ordenado, capaz de satisfacer en primer lugar la generalizada aspiración al bien individual y capaz, por ello, de relegar decididamente al pasado las llamadas revolucionarias a la virtud de los ciudadanos”³⁶.

Se objetó así la Constitución como programa. Es decir, la idea revolucionaria francesa en el sentido de que la sociedad podía ser gobernada a partir de algunos principios contenidos en una Constitución creada libremente por el poder constituyente. La crítica no es a los derechos, sino a un “ilimitado” poder del pueblo para cambiar la Constitución. Como advierte Fioravanti, “el liberalismo decimonónico *sólo* repudia, en realidad, la versión jacobina y voluntarista de la revolución; pero, una vez realizada tal operación de sustracción, se pone en relación de perfecta continuidad con los principios de 1789, revalorando su vertiente de garantía y descubriendo a este fin la necesaria contribución de las doctrinas historicistas británicas”³⁷. A pesar de esta objeción, dice Fioravanti, no debe perderse de vista que, si bien es cierto que la idea de Constitución como norma directiva fundamental, concebida por la revolución francesa, desaparecerá del liberalismo europeo decimonónico. No lo es menos que volverá cuando se reconstruyan las democracias europeas occidentales a la caída de los regímenes totalitarios. En efecto, según Fioravanti: “[I]a [C]onstitución debía representar grandes rupturas y situarse como fundamento de nuevos regímenes políticos, concurriendo a legitimarlos de manera decisiva, como en el caso de las democracias que en la última posguerra mundial han salido de las cenizas de los precedentes regímenes totalitarios. En

³⁵ Ídem., p. 97.

³⁶ Ídem., p. 98.

³⁷ Ídem., p. 99.

suma, la [C]onstitución tenía necesidad de contener en sí las grandes decisiones del *poder constituyente*, enunciándolas con otras igualmente grandes normas de principio, sobre todo en materia de derechos fundamentales y de igualdad. La [C]onstitución, en cierto sentido, ha vuelto así a poseer, como en tiempo de la revolución, un contenido *político* que está directamente ligado a la voluntad constituyente del pueblo soberano y que es un contenido *democrático*”³⁸. Por ello, en la época de los Estados nacionales y las democracias contemporáneas, según Fioravanti, “la doctrina constitucional se formaliza, en el sentido de que deviene disciplina que estudia la [C]onstitución como norma jurídica escrita, dotada de ciertos caracteres particulares”³⁹.

A estas ideas me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa insistir en que, para Fioravanti, el liberalismo como se vio no sólo objetó la Constitución como norma directiva fundamental, sino también la idea de Constitución como norma fundamental de garantía. Lo interesante, sin embargo, es advertir aquí que, según Fioravanti, “las [C]onstituciones del liberalismo decimonónico son en general flexibles, es decir, modificables por el legislador por la vía ordinaria; por consiguiente, Europa continental difiere sobre este punto esencial de los Estados Unidos”⁴⁰. Esto se explica por la crítica a la Constitución como norma directiva fundamental. En palabras de Fioravanti: “[m]ientras que Estados Unidos recupera del tradicional modelo historicista británico la doctrina del *higher law*, del gobierno limitado con finalidad de garantía, la Europa continental recupera fundamentalmente la aversión al poder constituyente, a la [C]onstitución como producto de la libre voluntad de los individuos”⁴¹. Así, es clara la diferencia entre la concepción de la Constitución entre Estados Unidos y Europa continental. En América, advierte Fioravanti, “la [C]onstitución, rígida y protegida por el control de constitucionalidad, se impone a los poderes públicos para garantizar los derechos, en la Europa continental es el Estado de [D]erecho, la ley del Estado, el poder público como reflejo orgánico de la nación, el que custodia los derechos, y por ello es defendido, desde un punto de vista rigurosamente liberal de las intromisiones desestabilizadoras de la [C]onstitución, del poder constituyente, de las voluntades particulares de los individuos y de las fuerzas sociales”⁴².

³⁸ M. FIORAVANTI, *Constitución...*, cit., p. 149.

³⁹ M. FIORAVANTI, “Prólogo”, a *Id.*, *Constitución...*, cit., pp. 11 y 12.

⁴⁰ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, cit., p. 107.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

El liberalismo europeo abandona de esta forma la idea de supremacía constitucional, tanto como norma directiva fundamental como norma fundamental de garantía. La Constitución es así sustituida por dos fenómenos suscitados en el siglo XIX. Fioravanti se refiere a la codificación y al Derecho de la administración pública. Estos serán el Derecho del Estado decimonónico, en detrimento de la Constitución y las Declaraciones de derechos, que son vistos con un simple carácter político-filosófico. Queda claro, en palabras de Fioravanti, que “el Estado de [D]erecho del siglo pasado [XIX] en cuanto heredero de la tradición europeo-continental, descarta la solución estadounidense de la [C]onstitución rígida y del control de constitucionalidad confiado a los jueces, porque ve en tal solución una amenaza para la soberanía del Estado, para la certeza de su [D]erecho”⁴³.

De nuevo, el protagonismo de la ley que planteó la revolución francesa. Aquí, el límite al legislador se encontró en la nación como dato objetivo. Así, según Fioravanti, “si el Estado se fundamenta en la realidad histórico-natural de la nación nunca podrá ser del todo libre en sus manifestaciones de soberanía, desde el momento en que aparece unida a su desarrollo histórico, en el nivel de madurez civil, política y económica que ha alcanzado”⁴⁴. La garantía de los derechos no se confía a la Constitución, sino a la historia, “apostándose” además por el Derecho del Estado. La conclusión, para Fioravanti, es que, en Europa durante el siglo XIX, “en la lógica liberal *la [C]onstitución como norma fundamental de garantía [...] no puede imponerse como norma al Estado soberano, pero al mismo tiempo la [C]onstitución como norma directiva fundamental [...] no puede imponerse como norma a la sociedad*”⁴⁵.

No debe perderse de vista, sin embargo, según Fioravanti, que este modelo liberal culminó con el final de la Primera Guerra Mundial, restableciéndose así las ideas de Constitución como norma fundamental de garantía y Constitución como norma directiva fundamental. Esto sucede, explica Fioravanti, porque a partir de la llegada de los partidos de masa la “unidad histórica de la nación” se vio como algo abstracto. Lo concreto, en cambio, fue la competencia entre partidos, clases y grupos de interés, que buscaron el poder político. Para Fioravanti: “[l]a misma ley aparecerá entonces, cada vez más, como *el fruto de una voluntad política y de una mayoría vencedora*, y surgirá inevitablemente

⁴³ Ídem., p. 122.

⁴⁴ Ídem., p. 123.

⁴⁵ Ídem., p. 124.

la necesidad de poner un límite positivo al legislador, de vincularlo a la observancia de ciertos valores constitucionales y también de obligarlo a la realización de aquellos valores en la sociedad”⁴⁶. Así, para Fioravanti, queda claro que las actuales Constituciones proponen un modelo político diferente al liberal decimonónico. Se afirma, por una parte, la idea de soberanía popular en detrimento de la soberanía del Estado. Se proclaman, por otro lado, derechos sociales. Pero quizás lo más interesante, según Fioravanti, es que “estas mismas [C]onstituciones se proponen, frente al estatismo liberal decimonónico, como [C]onstituciones rígidas protegidas por procedimientos particulares de revisión y reforzadas por una difusión progresiva del control de constitucionalidad, organizado de manera distinta que el estadounidense difuso, pero operante también, por lo menos en buena medida, como *jurisdicción de las libertades*, que como tal presupone una decisión fundamental de tipo constituyente que ha incardinado las libertades en la [C]onstitución, de tal manera que las sustrae del posible arbitrio de los poderes constituidos”⁴⁷.

De esta manera, dice Fioravanti, se descubre el principio de supremacía constitucional, entendiendo a la Constitución tanto como norma fundamental de garantía, como norma directiva fundamental. Así, a partir de la Segunda Guerra Mundial, según Fioravanti, “se concibe la [C]onstitución no sólo como mecanismo encaminado a la protección de los derechos, sino también como *gran norma directiva*, que solidariamente compromete a todos en la obra dinámica de realización de los valores constitucionales”⁴⁸. La Constitución transitó de ser entendida como norma programática a ser “una verdadera y precisa norma jurídica”⁴⁹. Como se recordará, cité la postura de Fioravanti precisamente para mostrar este tránsito. Pero ya señalé también que algunas teorías neoconstitucionalistas, por otro lado, vienen a decir que la Constitución no es cualquier norma jurídica⁵⁰, sino que se trata de la norma suprema⁵¹.

⁴⁶ Ídem., p. 125.

⁴⁷ Ídem., p. 127.

⁴⁸ Ídem., p. 128.

⁴⁹ Íbidem.

⁵⁰ R. de AGAPITO SERRANO, “Prólogo”, a E.W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., pp. 9-16, en especial p. 11.

⁵¹ A. FIGUERUELO BURRIEZA, “Nuevas tendencias del Derecho constitucional en Europa”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 105-134, en especial p. 115; L.E. ZAVALA DEALBA, “Los derechos fundamentales ante el (neo)constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 243-263, en especial p. 243; y M.M. ZORRILLA RUIZ, “El Derecho como sistema normativo”, en F. LLEDÓ YÁGÜE e Id., *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 55-120, en especial p. 99.

A mi modo de ver, sin embargo, es necesario elucidar qué se quiere decir cuando se habla de supremacía de la Constitución. Digo esto pues se ha sostenido, por ejemplo, que esta idea “tiene que ver con la pretensión de normatividad u obligatoriedad constitucional”⁵², o de su “permanencia”⁵³. Se ha señalado también que la supremacía no es otra cosa más que una “restricción al conjunto de decisiones que pueden tomarse por mayoría”⁵⁴. Y, en fin, se ha dicho que es el “remate de un sistema integral de controles políticos”⁵⁵ o bien, que la “Constitución en sentido absoluto puede significar una *regulación legal fundamental*, es decir, un *sistema de normas* supremas y últimas”⁵⁶. Pero creo que decir que la Constitución es norma suprema, significa que es jerárquicamente superior al resto de las normas que conforman el sistema jurídico. Toda norma está subordinada a la Constitución⁵⁷.

Lo que se traduce, por una parte, en que la Constitución contiene los criterios de validez del resto de las normas del sistema jurídico. Y por otra, en el principio de interpretación conforme⁵⁸. No me detendré, sin embargo, en estas ideas. En cambio, me interesa prestar atención a la cuestión de qué hace que una norma jurídica sea suprema. Creo que la respuesta más interesante del neoconstitucionalismo es que la Constitución es suprema porque es cualitativamente diferente del resto de las normas del sistema jurídico⁵⁹. En efecto, como reseña Barranco: “[l]a especificidad de la Constitución le viene dada de la “naturaleza especial” de sus normas frente a las restantes normas”⁶⁰.

⁵² L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 182; e *Id.*, “Introducción”, a *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 1-4, en especial p. 2.

⁵³ E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., pp. 49 y 50.

⁵⁴ J.J. MORESO MATEOS, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 165.

⁵⁵ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 71.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 8.

⁵⁷ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y ordenamiento jurídico” (1992), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 196.

⁵⁸ E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 94; e *Id.*, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución” (1984), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (1984), Civitas, 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 85-174, en especial p. 95 (E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984).

⁵⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991, p. 279.

⁶⁰ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2000, p. 133.

Digo que se trata de la respuesta más interesante para esta investigación porque, como advierte Barranco, “si la Constitución es superior a la [l]ey pero no tiene una “distinta naturaleza”, el positivismo, que aparecía como la teoría predominante hasta este momento, sigue siendo adecuado. Por el contrario, si la Constitución es superior a la ley en otro sentido distinto del jerárquico, es preciso introducir una nueva [T]eoría del Derecho que tenga en cuenta la idea de una “Constitución material””⁶¹. Esto es lo que se quiere poner de manifiesto cuando se habla de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Recuérdesse que el objeto del presente capítulo es responder el argumento que a partir de esta premisa formulan algunas teorías neoconstitucionalistas. Por lo que a ello me referiré más adelante. Aquí, en cambio, asumiré⁶² que la supremacía de la Constitución obedece, por una parte, a la rigidez y, por otra, al control de constitucionalidad⁶³. Señalo que la supremacía obedece, entre otros factores, a la rigidez, porque de una norma suprema no puede decirse que sea una Constitución flexible⁶⁴. Loewenstein, sin embargo, dice que la distinción entre Constituciones rígidas y flexibles está superada⁶⁵. No obstante, creo que debe quedar claro que una Constitución es rígida, y no flexible, si el procedimiento para su modificación es más complejo que el de la ley⁶⁶.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Pienso que la supremacía se explica por la rigidez y el control de constitucionalidad. Pero también creo que puede decirse que la supremacía está garantizada por la rigidez y el control de constitucionalidad. Al respecto, véanse M. CARBONELL, “Presentación”, a R. GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 7-21, en especial p. 12; R. GUASTINI, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 235-245, en especial p. 237 (Este texto se publicó además como R. GUASTINI, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 41-52); y M. NÚÑEZ TORRES, “Nuevas tendencias en el Derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 135-169, en especial p. 159. De hecho, se ha sostenido que la rigidez es garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, véase H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, 11ª ed., México, 2000, p. 154 (H. KELSEN, “REINE RECHTSLEHRE”, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1960). Lo interesante, por otro lado, es que se ha señalado que el control de constitucionalidad es garantía de la rigidez. Al respecto, véanse R. GUASTINI, “¿Separación de los poderes o división del poder?”, trad. de M. Bono López, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 53-77, en especial pp. 69 y 70; y G. ZAGREBELSKY, “La Constitución y sus normas” (1993), trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 74.

⁶³ Según algunas teorías neoconstitucionalistas uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es el principio de legalidad constitucional. Al respecto, véase S. SASTRE ARIZA, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 239-258, en especial p. 240.

⁶⁴ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, 6ª ed., Madrid, 2005, pp. 31 y 34 (G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitto. Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, S.p.a., Torino, 1992).

⁶⁵ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 177.

⁶⁶ J.C. BAYÓN MOHÍNO, “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 285-355, en especial p. 288; E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 50; R. GUASTINI, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (1998), trad. de J.M.

Este procedimiento puede ser complejo en diversas formas⁶⁷. Aunque no al grado de hacer inmutable a la Constitución⁶⁸. La rigidez es así un concepto graduable. En efecto, como señala Guastini: “[p]arece más oportuno tratar la rigidez constitucional como una cualidad *graduable*: una Constitución puede ser *más* o *menos* rígida, más o menos flexible. Naturalmente, no disponemos de una precisa unidad de medida para determinar el grado de rigidez de una Constitución. Sin embargo, se puede convenir que el grado de rigidez de las diversas Constituciones depende del grado de complejidad del procedimiento de reforma constitucional, en suma, del grado de dificultad de la reforma”⁶⁹. Como dice Jellinek, “el grado de rigidez aumenta a medida que hay más dificultad para poner en movimiento el aparato modificador de las [C]onstituciones”⁷⁰. Pero en todo caso, continúa Guastini, estas serían rígidas en sentido débil. En cambio, las Constituciones que además de un procedimiento agravado de modificación, establecieran un control de constitucionalidad serían “rígidas en sentido fuerte”⁷¹ o bien, “garantizadas”⁷². Sin embargo, creo que defender que la Constitución es rígida sólo quiere decir que el procedimiento para su modificación, cualquiera que sea el grado de complejidad, es diferente al de la ley. Lo que implica que la Constitución no puede ser modificada por el legislador⁷³. Este es el tipo de Constitución que el neoconstitucionalismo afirma como uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional. En suma, se trata de una Constitución entendida como norma jurídica suprema y rígida. No es necesario responder aquí a la cuestión de si antes de mediados del siglo XX se conoció la idea de la Constitución como norma jurídica o bien, los principios de supremacía y rigidez. Lo interesante es que algunas teorías neoconstitucionalistas, como ya señalé, vienen a decir que otro rasgo del Derecho del

Lujambio, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 149; *Id.*, “La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 225-240, en especial p. 230; *Id.*, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., p. 21; J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., p. 63; y C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 20.

⁶⁷ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp. 181 y 182.

⁶⁸ G. del VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (1930), trad. de L. Recaséns Siches, Bosch, 9ª ed., 1ª reimp., Barcelona, 1980, pp. 375 y 376 (G. del VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Città di Castello, Soc. Anon. Tipog. “Leonardo da Vinci”, 1930, IV, 351 págs.).

⁶⁹ R. GUASTINI, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 179-205, en especial p. 183.

⁷⁰ G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, cit., p. 481.

⁷¹ R. GUASTINI, “Derechos: Una contribución analítica”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 207-223, en especial p. 213.

⁷² R. GUASTINI, “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 188.

⁷³ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 98; y G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 51.

Estado constitucional es la incorporación a este modelo de Constitución de contenidos materiales.

2. Los contenidos materiales: valores, principios y derechos fundamentales

En esta investigación como se sabe defiende la teoría de Hart. Esta, sin embargo, pierde fuerza si el neoconstitucionalismo tiene razón cuando dice que los contenidos materiales incorporados en la Constitución son estándares distintos de las reglas que son moral. Creo así que está justificado referirme a los valores, principios y derechos fundamentales. Porque me interesa defender en este trabajo que el positivismo jurídico hartiano es capaz de explicar la presencia de estos contenidos en la Constitución. Existe cierto consenso⁷⁴ sobre la idea de que los contenidos materiales incorporados en la Constitución del Derecho del Estado constitucional son valores (2.1.), principios (2.2.), y derechos fundamentales (2.3.). Recuérdese que uno de los argumentos del neoconstitucionalismo para defender la insuficiencia del positivismo jurídico es que este planteamiento es incapaz de explicar estándares distintos de las reglas, y que si estos contenidos son moral⁷⁵, se vulneran algunas de las tesis características del positivismo jurídico, como lo son la de las fuentes sociales y la de la separación conceptual entre

⁷⁴ M. CARBONELL, “Presentación”, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, a VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 9-12, en especial p. 10; L.M. CRUZ, “Introducción”, a *Id.*, *La Constitución como orden de valores...*, cit., pp. 1-8, en especial p. 1; O. FISS, “¿Por qué el Estado?”, trad. de J. Malem Seña, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 105-119, en especial p. 108; L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 36; e *Id.*, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 132.

⁷⁵ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (1995-1996), Dykinson, Madrid, 1997, p. 4; L.M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores...*, cit., p. 101; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 61 y 62; L. GARCÍA JARAMILLO, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., p. 209; J. HABERMAS, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (1992), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2005, p. 319 (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 y 1994); J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., pp. 97 y 98; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a *Id et al.*, *Curso de derechos fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 13-15, en especial p. 15; L. PRIETO SANCHÍS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 318; y S. SASTRE ARIZA, “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 244.

Derecho y moral. Pues bien, para desarrollar este argumento a continuación me referiré a los valores.

2.1.Valores

Los valores son uno de los contenidos materiales incorporados en la Constitución del Derecho del Estado constitucional. Debo advertir, sin embargo, que los “valores superiores” son una categoría del Derecho español. Pero creo que puede utilizarse en otros contextos. Además, como decía, lo que quiero mostrar es la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral que el neoconstitucionalismo defiende al hablar de los contenidos materiales. En efecto, existe cierto consenso⁷⁶ sobre la idea de que no sólo estos contenidos en general, sino los valores en particular son moral. Pero quizás lo interesante sea responder en primer término a las cuestiones de, por una parte, qué sean los valores y, por otra, cuál es su función en el Derecho. En relación con lo primero, es decir, qué son los valores, estoy de acuerdo con R. Alexy cuando dice que: “[e]l concepto de valor se utiliza de maneras muy diferentes, tanto en el lenguaje ordinario, como en el filosófico especializado y en los lenguajes especializados de las diferentes ciencias particulares”⁷⁷. No creo, sin embargo, que sea necesario referirme aquí a los modelos que explican los valores como el externalista o el internalista⁷⁸. Me interesa, en cambio, prestar atención a posturas como, por ejemplo, la de A.E. Pérez Luño, que considera que los valores son “criterios intelectuales en base a los que juzgamos las conductas y objetos: cuando esas conductas y/o cosas son conformes a los valores decimos que <valen>, es decir, que tienen valor; cuando son contrarias a ellos las situamos en el terreno de los disvalores, en

⁷⁶ E. DÍAZ GARCÍA, *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971), Taurus, 2ª ed., 6ª reimp., Madrid, 1989, p. 45; D. KURI BREÑA, *Introducción filosófica al estudio del Derecho: La esencia del Derecho y los valores jurídicos*, Jus, México, 1978, pp. 38 y 223; y VV.AA., “Lección Duodécima: Legitimidad del poder y justicia del Derecho. La justicia formal: la seguridad jurídica. La justicia material. Los valores superiores. Los derechos fundamentales como desarrollo de la idea de justicia”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 441-486, en especial p. 443.

⁷⁷ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, p. 120 (R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986).

⁷⁸ J.C. BAYÓN MOHÍNO, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 204 y 205.

cuanto realidades que <no valen>”⁷⁹. M. Atienza y J. Ruiz Manero, por su parte, refiriéndose a los valores en el Derecho, los consideran “como el aspecto justificativo de las normas entendidas como razones para la acción”⁸⁰.

Al respecto de la segunda cuestión, esto es, qué función cumplen los valores en el Derecho, G. Peces-Barba, por ejemplo, hablando del artículo 1.1 de la Constitución española de 1978⁸¹, sostiene que “expresan los más altos objetivos éticos de un pueblo”⁸². O, lo que es lo mismo, continúa Peces-Barba, “que se utilizan como los objetivos generales a alcanzar por el Estado social y democrático de Derecho a través del ordenamiento jurídico. Son el fundamento y la meta, el fin del Derecho, que el legislador constituyente, expresión de la soberanía, se propone”⁸³. Así, los valores, según Peces-Barba, son “guía para la interpretación y para el desarrollo del ordenamiento y, al mismo tiempo, límite para los mismos”⁸⁴. Pues como dice E. García de Enterría, los valores ordenarían “todo el contenido mismo de la Constitución”⁸⁵. Pero si esto es así, los valores, en última instancia, según L. Parejo, “pueden fundamentar la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones [...] infraconstitucionales”⁸⁶. Al control de constitucionalidad no me referiré en este trabajo. Aquí, en cambio, me interesa avanzar sobre los valores, que como ya señalé, siguiendo a Alexy, son un concepto que se utiliza de maneras diferentes. En efecto, como dice Barranco: “[e]s difícil encontrar una descripción satisfactoria capaz de englobar los múltiples usos del término “valor” [...]

⁷⁹ A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica* (1997), Tecnos, 11ª ed., Madrid, 2012, p. 213.

⁸⁰ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Presentación”, a *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. XI-XVI, en especial p. XV. La tesis de estos autores es que toda norma tiene un elemento directivo y un elemento valorativo. El primero, es decir, el elemento directivo, o normativo en sentido estricto, guía la conducta. El segundo, esto es, el elemento valorativo, es un criterio de valoración, justificación o crítica. Al respecto, véase M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Los valores en el Derecho”, en *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, *cit.*, pp. 123-142, en especial pp. 123, 124 y 131.

⁸¹ El artículo 1.1 de la Constitución española de 1978, como se sabe, establece que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Estos, sin embargo, no son los únicos valores en el Derecho español. Al respecto, véase L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, *cit.*, pp. 133 y 136.

⁸² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, *cit.*, pp. 11-15, en especial p. 14.

⁸³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores* (1984), Tecnos, 1ª reimp., Madrid, 1986, p. 38.

⁸⁴ *Idem.*, p. 43. En este sentido, véase A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, *cit.*, p. 212.

⁸⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución” (1984), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, *cit.*, p. 99.

⁸⁶ L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, *cit.*, p. 147.

Frecuentemente cuando se habla de valor asociado al Derecho se está haciendo referencia a un contenido más que a una categoría normativa; sin embargo, abundan los intentos de deslindar este concepto de los de “principios” y “reglas”⁸⁷. Efectivamente, como reseña A. García Figueroa: “[l]os constitucionalistas han sugerido criterios diversos para fundar la distinción de valores y principios. Se ha dicho, entre otras cosas, que los valores tienen contenido ético y los principios contenido político; que los valores, a diferencia de los principios, carecerían de eficacia; que los valores gozan de superioridad frente a los principios; que los valores serían más generales y que valores y principios encarnan respectivamente conceptos axiológicos y deontológicos”⁸⁸.

Aunque a continuación me referiré a los principios, creo que convendrá avanzar algunas diferencias entre valores y principios. Se ha dicho⁸⁹, por ejemplo, hablando de su concreción normativa que los valores son más generales que los principios. O bien, que estos significan un desarrollo de los valores⁹⁰. Se ha sostenido también que los valores tienen un “sentido teleológico”⁹¹ o bien, que están adscritos al “nivel axiológico”⁹². Los principios, en cambio, tienen un sentido o ámbito deontológico. Creo que a esto último se refiere A. García Figueroa, cuando viene a decir que “valor y principio determinan dos nociones distintas pero no ajenas. Son nociones distintas porque designan aspectos diferentes: el valor define un criterio de valoración y el principio es una norma con ciertas características. Son nociones que no son ajenas entre sí, porque existe una clara relación entre ambas: la propia práctica que rige la interpretación conduce al establecimiento de un principio a partir de un valor (si algo es bueno, se *debe* hacer). Cabría plantearse si es posible la relación inversa, es decir, establecer un valor a partir de un principio (si algo se debe hacer, entonces es bueno). A primera vista parece posible”⁹³, en opinión de García

⁸⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 164.

⁸⁸ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 207.

⁸⁹ F. LLEDÓ Y ÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho...*, cit., pp. 149-353, en especial p. 230; L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, cit., p. 140; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 291 y 292; y P. TORRES ESTRADA, “Las tendencias del Derecho constitucional en México”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 227-242, en especial p. 235.

⁹⁰ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y ordenamiento jurídico” (1992), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 192 y 193; y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., pp. 37-39.

⁹¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez...*, cit., p. 328.

⁹² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 119.

⁹³ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 210.

Figuerola. Pues bien, hasta aquí los valores. A continuación, como decía me referiré a los principios.

2.2.Principios

Elucidar el término “principios” es problemático⁹⁴. Quizás por ello, L. Prieto, por ejemplo, advierte que: “[a]nte una gama tan amplia de significados y sirviendo a tan diversos objetivos, [cree] que lo más saludable es prescindir del nombre y atender a las cosas que en cada caso pretenden designarse, es decir, atender a los significados que realmente resultan relevantes y que, incluso a veces, pueden no aparecer bajo la denominación de principios”⁹⁵. No creo que sea necesario prescindir del término. Pero estoy de acuerdo con Prieto en que los principios admiten diversos significados y responden a ciertos objetivos. Se ha sostenido, por ejemplo, que los principios son “derrotables”⁹⁶. O bien, que funcionan como “criterios de validez”⁹⁷. Se ha dicho también que los principios “tienen el valor jurídico propio de las fuentes que los reconocen”⁹⁸. Se ha apuntado además que los principios no son otra cosa más que lo que se conoce como “principios generales del Derecho”⁹⁹. Y, en fin, se ha defendido que los principios son

⁹⁴ A. GARCÍA FIGUEROA, “Nota Preliminar”, a *Id.*, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., pp. 21-25, en especial p. 21; *Id.*, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 131; y L. PRIETO SANCHÍS, “Introducción”, a *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 2.

⁹⁵ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 47-68, en especial p. 49 (L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996).

⁹⁶ A. GARCÍA FIGUEROA, “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 185-207, en especial p. 192.

⁹⁷ L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 35 y 36.

⁹⁸ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 51.

⁹⁹ E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución” (1984), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, cit., p. 133; *Id.*, “Prólogo al libro de Theodor Viehweg, <Tópica y Jurisprudencia>” (1964), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, cit., pp. 71-83, en especial p. 79 (E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Prólogo”, a T. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia* (1953), trad. de L. Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1964); *Id.*, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo” (1961), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, cit., pp. 13-69, en especial pp. 31, 63 y 64 (E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963); y L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 50.

moral¹⁰⁰. Esta es la idea que sostienen algunas teorías neoconstitucionalistas. A partir de la que, como se ha insistido, formulan una crítica al positivismo jurídico. En efecto, como nos recuerda Prieto: “[I]os argumentos son variados, pero uno de los más divulgados tiene mucho que ver con los principios, y es que estos serían el punto de conexión entre Derecho y moral, los vehículos que permitirían definir el Derecho como un sistema normativo de base moral, generador, por tanto, de una obligación de obediencia”¹⁰¹. Esta objeción, en palabras de A. García Figueroa, viene a decir que “los principios constituyen un elemento inaprehensible por el positivismo jurídico, lo cual conduce, una vez verificada la presencia de aquéllos en el [D]erecho, a una concepción no positivista, a la vinculación conceptual de [D]erecho y moral”¹⁰². Este como ya señalé es parte del argumento objeto del presente capítulo, pero a ello me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa reiterar que como decía no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de principios.

A mi modo de ver, sin embargo, García Figueroa resume bien estos significados y objetivos, cuando advierte que “los principios se han mostrado extremadamente versátiles: han intervenido en tareas tan dispares y relevantes como son a) sellar el ordenamiento jurídico, es decir, nada menos que garantizar su completitud; b) “informarlo”, esto es, conferirle unidad, coherencia; c) reformular o racionalizar los contenidos del [D]erecho o, lo que es lo mismo, contribuir a economizar el sistema, a eliminar redundancias, en definitiva a hacerle más independiente, así como a facilitar su formulación más simple con fines didácticos, nemotécnicos o sistemáticos o incluso, ya en el plano doctrinal d) justificar el rechazo del positivismo jurídico”¹⁰³. No creo que sea necesario desarrollar aquí estas ideas. Porque a algunas de ellas me referiré más adelante. Me interesa, en cambio, prestar atención a la postura sostenida por algunas teorías

¹⁰⁰ J. CÁRDENAS GRACIA, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 41-66, en especial p. 56; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 44; J. HABERMAS, “Derecho y moral: *Tanner Lectures* 1986”, en *Id.*, *Facticidad y validez...*, cit., pp. 535-587, en especial p. 545 (J. HABERMAS, *The Tanner Lectures on Human Values*, t. VIII, Salt Lake City, 1988, pp. 217-280); J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., p. 86; S. POZZOLO, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, s.t., en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 165-184, en especial p. 172; *Id.*, “Un constitucionalismo ambiguo”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 187-210, en especial p. 195; y G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 93.

¹⁰¹ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 66.

¹⁰² A. GARCÍA FIGUEROA, “Nota Preliminar”, a *Id.*, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 22.

¹⁰³ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., pp. 42 y 43.

neoconstitucionalistas sobre la idea de los principios¹⁰⁴, en relación claro está con el argumento objeto de este capítulo. El neoconstitucionalismo formula este argumento partiendo del presupuesto de que, a su modo de ver, el positivismo jurídico es una explicación del Derecho a partir de un modelo de reglas. Lo que vienen a decir estas teorías es que, si en el Derecho del Estado constitucional además de reglas existen otros estándares, el positivismo es insuficiente para explicar este modelo de sistema jurídico. En efecto, como reseña Barranco, “constituye un lugar común en la teoría y en la dogmática nacionales y extranjeras -aunque con distintas denominaciones- considerar que la descripción del Derecho como un “modelo puro de reglas” es insuficiente para dar cuenta de la realidad del fenómeno jurídico”¹⁰⁵. Pues, continúa Barranco: “[f]recuentemente, se subraya que, junto a las reglas, existen otras estructuras normativas, los principios, sobre cuyos rasgos definitorios y funciones en el conjunto del [o]rdenamiento y sobre cuya naturaleza jurídica no existe acuerdo”¹⁰⁶, como dicho sea de paso ya se apuntó. Pero el debate no se resume en afirmar la existencia de reglas y principios en el Derecho. Digo esto porque, en palabras de Zagrebelsky, se argumenta además que: “[s]i el [D]erecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”¹⁰⁷. Recuérdese que en el apartado anterior ya se dijo que el neoconstitucionalismo defiende la supremacía de la Constitución precisamente por esta distinta naturaleza de sus normas. Pues bien, creo que de este modo está justificado referirme a continuación a la diferencia entre reglas y principios.

A. García Figueroa, por ejemplo, reseña “que entre reglas y principios existe una diferencia básica: mientras que los principios suelen reclamar la intervención activa del operador jurídico, las reglas no la exigen o bien lo hacen sólo en menor medida”¹⁰⁸. Sin embargo, no debemos perder de vista que, como advierte J.C. Bayón, en todo caso: “[l]a distinción entre <principios> y <reglas> en el [D]erecho resulta extremadamente confusa por la gran diversidad de acepciones del término <principios jurídicos>”¹⁰⁹ como ya se

¹⁰⁴ L. PRIETO SANCHÍS, “Prólogo”, a A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., pp. 17-20, en especial p. 18.

¹⁰⁵ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 139.

¹⁰⁶ Ídem., p. 140.

¹⁰⁷ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., pp. 109 y 110.

¹⁰⁸ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 131.

¹⁰⁹ J.C. BAYÓN MOHÍNO, *La normatividad del Derecho...*, cit., p. 357.

ha insistido. No obstante, continúa García Figueroa, sobre la relación entre reglas y principios es posible distinguir entre tres tesis. En sus palabras: “[l]a tesis fuerte de la separación afirma que entre reglas y principios existe una distinción cualitativa y exhaustiva en el ámbito normativo [...] Según la tesis de la conformidad, no cabe establecer diferencias de ningún género entre reglas y principios. Finalmente, la tesis débil de la separación reconoce que entre reglas y principios existen diferencias pero de carácter meramente gradual”¹¹⁰. En esta investigación asumiré que entre reglas y principios existen diferencias. Por ello, a continuación me referiré a dos tesis. La primera es la tesis de la distinción fuerte, que como se vio viene a decir que entre reglas y principios existe una diferencia cualitativa. Como se recordará, Dworkin sostiene esta tesis. Otros autores que defienden una diferencia cualitativa son, por ejemplo, M. Atienza y J. Ruiz Manero, así como R. Alexy. Algunos, en cambio, sostienen que “entre reglas y principios existe una “diferencia gradual”, esto es, [se trata de autores] que [asumen] la tesis débil de la separación de reglas y principios”¹¹¹. O, lo que es lo mismo, como reseña Barranco: “[p]ara los partidarios de la que [denomina] tesis de la demarcación débil, es cierto que los juristas denominan principios a estándares más generales y que se enuncian en términos más vagos, pero a este respecto, la distinción con las reglas es de grado; la diferencia no es cualitativa, sino relacional y comparativa”¹¹². Efectivamente, la segunda es la tesis de la distinción débil que como se acaba de decir señala que entre reglas y principios la diferencia es de grado. Ya señalé que Hart defiende esta idea, y como se verá también lo hace L. Prieto. En lo que sigue me referiré a la tesis de la distinción fuerte y, en concreto, a algunos aspectos de la teoría de Atienza y Ruiz Manero¹¹³.

Atienza y Ruiz Manero advierten que, en su opinión, el debate sobre los principios inició con un artículo¹¹⁴ de Dworkin. Estas ideas, continúan Atienza y Ruiz Manero, llevaron a Dworkin a formular una concepción general sobre el Derecho, que

¹¹⁰ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 132.

¹¹¹ Ídem., p. 206.

¹¹² M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 146 y 147.

¹¹³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, cit., pp. 1-25 (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, 1991). Sobre la teoría de M. Atienza y J. Ruiz Manero, véanse J.J. MORESO MATEOS, “El encaje de las piezas del Derecho”, *Isonomía*, núm. 14, 2001, pp. 135-155; e *Id.*, “El encaje de las piezas del Derecho”, *Isonomía*, núm. 15, 2001, pp. 165-192.

¹¹⁴ R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 61-101 (R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)”, *University of Chicago Law Review*, 1967).

encontramos en otra obra¹¹⁵. La teoría de Dworkin animó un debate sobre temas tales como la relación entre Derecho y moral, los tipos de disposiciones jurídicas, los casos difíciles, el poder de creación de Derecho del juez y, entre otros, el razonamiento jurídico. El propósito de Atienza y Ruiz Manero según dicen no es, sin embargo, participar en este debate. Se trata, en cambio, de proponer una teoría de los enunciados jurídicos, a partir de la distinción entre reglas y principios. El punto de partida es reconocer que como se vio existen diversas acepciones del término “principios”. Así, dicen que es posible sostener que un principio es a) una norma muy general, esto es, aquella cuyas propiedades son muy generales, b) una norma redactada en términos vagos, c) una norma programática o directriz, es decir, aquella que establece la obligación de perseguir ciertos fines, d) una norma que expresa valores, e) una norma dirigida a los órganos aplicadores del Derecho que dice cómo elegir la norma aplicable o bien, cómo interpretarla, y f) una máxima de la ciencia jurídica, que puede o no estar incorporada en el sistema jurídico.

Frente a estas acepciones, Atienza y Ruiz Manero proponen una triple clasificación de los principios. En primer lugar, distinguen entre principios en sentido estricto, es decir, principios que expresan valores, y directrices o normas programáticas. Esta distinción, según Atienza y Ruiz Manero, es de “carácter exhaustivo y excluyente”¹¹⁶. En segundo lugar, Atienza y Ruiz Manero distinguen entre principios en el contexto del sistema primario o sistema del súbdito, y principios en el contexto del sistema secundario o sistema del juez. Esto es, en palabras de Atienza y Ruiz Manero, “entre los principios (pautas de comportamiento [formuladas] como principios en sentido estricto o como normas programáticas) en cuanto dirigidas a guiar la conducta de la gente y los principios en cuanto dirigidos a guiar el ejercicio de poderes normativos públicos (la creación o aplicación de normas) de los órganos jurídicos”¹¹⁷. Esta distinción, dicen Atienza y Ruiz Manero, es exhaustiva, pero no excluyente. Y, en tercer lugar, Atienza y Ruiz Manero distinguen entre principios explícitos y principios implícitos. Es decir, entre principios formulados en el sistema jurídico, y aquellos extraídos de enunciados presentes en el sistema. Esta distinción es exhaustiva y excluyente.

¹¹⁵ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia: De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1992 (R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986).

¹¹⁶ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id., Las piezas del Derecho...*, cit., p. 5.

¹¹⁷ *Ibidem*.

La clasificación hasta aquí apuntada, sin embargo, distingue a los principios al interior del sistema jurídico. Pero es necesario diferenciarlos de otras pautas de comportamiento, es decir, externamente. Así, según Atienza y Ruiz Manero, “los sistemas jurídicos están formados no sólo por normas de mandato, sino también por otros enunciados [...] como las disposiciones permisivas, las definiciones y las reglas que confieren poderes [...] [y, por otro lado] las normas de mandato pueden, a su vez, ser *reglas o principios*”¹¹⁸. De hecho, para Atienza y Ruiz Manero, “una reconstrucción pragmáticamente adecuada del ordenamiento jurídico debería distinguir, cuando menos, entre normas regulativas (y aquí, a su vez, entre principios y reglas), reglas que confieren poder, reglas puramente constitutivas y definiciones”¹¹⁹. Pero aquí, como ya se dijo, únicamente prestaré atención al problema de la distinción entre reglas y principios.

Pues bien, Atienza y Ruiz Manero explican esta distinción a partir de tres enfoques. El enfoque estructural que ve las normas como entidades organizadas de una cierta forma. El enfoque funcional, por su parte, ve el papel o función que las normas cumplen en el razonamiento práctico de los destinatarios. O, lo que es lo mismo, este enfoque, según Atienza y Ruiz Manero, se refiere a “el papel que cada una de estas entidades juega en el razonamiento práctico-jurídico”¹²⁰. Y finalmente un tercer enfoque que ve a las normas en conexión con los intereses y relaciones de poder en la sociedad. Desde el punto de vista del enfoque estructural, para Atienza y Ruiz Manero, “el problema que se plantea es el de si los principios, al igual que las reglas, pueden formularse siempre recurriendo a un esquema condicional, esto es, de correlación caso/solución”¹²¹. Este enfoque sólo se aplica a la distinción entre principios en sentido estricto y directrices. Se pregunta si estos como se acaba de decir tienen o no una estructura condicional. Para Atienza y Ruiz Manero, “los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas [...] La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada.

¹¹⁸ Ídem., p. 6.

¹¹⁹ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las reglas que confieren poderes” (1994), en *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, cit., pp. 45-76, en especial p. 65 (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las reglas que confieren poderes”, *Analisi e diritto*, s.n., 1994).

¹²⁰ Ídem., p. 66.

¹²¹ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, cit., p. 7.

Con ello [quieren] decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas”¹²².

L. Prieto, por su parte, explica esta idea cuando dice que “a veces reciben el nombre de principios aquellas normas que carecen o que presentan de forma fragmentaria la determinación fáctica, es decir aquellas normas que, incluso eliminando los problemas de imprecisión o vaguedad, no podemos saber a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas [...] [Para Prieto] esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que las reglas son cerradas y los principios abiertos. Una norma es cerrada cuando resulta factible determinar exhaustivamente los supuestos de hecho de su aplicación y, por tanto, también sus posibles excepciones [...] En cambio, una norma es abierta cuando carece de un catálogo exhaustivo de supuestos en que procede, o queda excluida su aplicación”¹²³. Pues bien, como se acaba de decir, para Atienza y Ruiz Manero las reglas configuran de forma cerrada sus condiciones de aplicación, mientras que los principios lo hacen de forma abierta. Desde el enfoque estructural, según Atienza y Ruiz Manero, “lo propio de los principios jurídicos -a diferencia de las reglas- [reside] en la configuración *abierta* de sus condiciones de aplicación”¹²⁴. En contra, A. García Figueroa, por ejemplo, argumenta que esta “distinción de Atienza y Ruiz Manero corre el riesgo de convertirse en un caso especial del criterio de vaguedad y, consiguientemente, representar la tesis débil de la separación de reglas y principios”¹²⁵, que no sólo afecta a los principios en sentido estricto, sino también a las directrices. Pues, como nos recuerda Prieto, “en los llamados principios programáticos o directrices políticas [...] la indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica”¹²⁶. Atienza y Ruiz Manero pretenden responder a estas objeciones a partir de la distinción entre casos genéricos y casos individuales. Es decir, la tesis de que las reglas son cerradas y los principios abiertos subsiste, en sus palabras: “[p]orque lo que las reglas configuran a [su] juicio de forma <cerrada> son los casos genéricos que constituyen sus condiciones (genéricas) de

¹²² Ídem., pp. 8 y 9.

¹²³ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 52.

¹²⁴ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Los enunciados permisivos” (1994), en *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, cit., pp. 91-117, en especial p. 114 (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Los enunciados permisivos”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994).

¹²⁵ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 144.

¹²⁶ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 54.

aplicación, mientras que el problema de la textura abierta o vaguedad potencial se da en otro ámbito, en el de la subsunción de casos individuales en tales descripciones genéricas”¹²⁷.

Desde el punto de vista del enfoque funcional, el primer paso de Atienza y Ruiz Manero es considerar a los principios en el contexto del sistema secundario. Las reglas jurídicas son razones para la acción perentorias e independientes del contenido¹²⁸. Aquí, por “razón perentoria” se entiende lo que Raz llama “razón protegida”. Y el carácter independiente del contenido tiene que ver con el por qué los órganos deben obedecer las reglas, es decir, el por qué considerarlas razones perentorias o protegidas. Las reglas de fin, por su parte, dicen Atienza y Ruiz Manero, son también razones perentorias e independientes del contenido. Los principios explícitos, en cambio, según Atienza y Ruiz Manero, son razones para la acción independientes del contenido, pero no son razones perentorias. Y los principios implícitos, en fin, son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. A. García Figueroa, por su parte, explica que en efecto: “[s]egún Atienza y Ruiz Manero, una regla es una razón perentoria e independiente del contenido. Es una razón perentoria porque constituye una razón de primer orden para realizar la conducta prescrita por la propia regla y además es una razón de segundo orden que excluye la deliberación, la consideración de otras razones, por parte del destinatario de la regla. En otras palabras, una regla es una razón excluyente de otras razones. Por otro lado, es independiente del contenido porque la obediencia de una tal regla no deriva del contenido de ésta, sino de su origen (en el legislador, por ejemplo) [...] Un principio es, por el contrario, una razón no perentoria. Esto significa que representa una razón de primer orden para cumplir con lo que establece, pero no es una razón de segundo orden para excluir la deliberación de otras razones concurrentes por parte del destinatario. El principio, a diferencia de la regla, abre el paso a la deliberación sobre otras razones de primer orden relevantes para el caso [...] Si un principio es explícito, es decir, forma parte del [D]erecho por su origen en alguna agencia normativa, entonces constituye una razón independiente del contenido. Si un principio es implícito, es decir, forma parte del [D]erecho como racionalización de otra u otras normas que sí tienen su origen en alguna autoridad normativa, entonces constituye una razón no

¹²⁷ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Apéndice al capítulo I: Réplica a los críticos”, en *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, cit., pp. 26-44, en especial p. 30.

¹²⁸ J.C. BAYÓN MOHÍNO, “Introducción”, a *Id.*, *La normatividad del Derecho...*, cit., pp. 15-40, en especial p. 38.

independiente de su contenido, precisamente porque se trata de una razón para la acción en la medida en que halla su fundamento de validez en la adecuación de su contenido al de alguna norma reconocida formalmente como jurídica”¹²⁹.

Atienza y Ruiz Manero, por otro lado, advierten que: “[s]i de los principios secundarios pasamos ahora a los principios primarios, esto es, a los principios en cuanto pautas dirigidas a la gente en general, el análisis no tendría por qué variar mucho con respecto al anterior. La diferencia parece estibar más bien en que, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, la gente -salvo en casos excepcionales- no tiene por qué justificar su comportamiento en relación con las normas jurídicas. Pero, por lo demás, las reglas -para quien las acepta- operan como razones perentorias o protegidas, mientras que los principios lo hacen como razones de primer orden que deben ser ponderadas con otras razones”¹³⁰. En relación con la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, para Atienza y Ruiz Manero, estas últimas, es decir, las directrices son razones para la acción de tipo utilitario. En cambio, los principios en sentido estricto son razones de corrección.

En contra de los enfoques estructural y funcional según la teoría de Atienza y Ruiz Manero, García Figueroa propone “una crítica interna al planteamiento de los profesores de Alicante, [que] pone de relieve que los enfoques estructural y funcional pueden entrar en contradicción. Dicho con otras palabras: es posible hallar normas que son a un tiempo reglas según el enfoque estructural y principios según el enfoque funcional y a la inversa”¹³¹. Incluso, continúa García Figueroa, “el criterio estructural y el criterio funcional devienen plenamente independientes. El criterio estructural se refiere a la configuración de la razón de primer orden, mientras que el criterio funcional se asienta sobre la existencia o no de una razón excluyente de segundo orden. La independencia de ambos criterios habla en contra del modelo de Atienza y Ruiz Manero”¹³². Lo interesante, sin embargo, según García Figueroa, es “que existe una cierta tensión entre los enfoques estructural y funcional del planteamiento de Atienza y Ruiz Manero. Esta tensión se decide en favor del enfoque funcional, lo cual comporta dos consecuencias: primero que no es posible una distinción fuerte (la que nos proporciona el enfoque estructural) y,

¹²⁹ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., pp. 158 y 159.

¹³⁰ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id., Las piezas del Derecho...*, cit., p. 14.

¹³¹ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 160.

¹³² Ídem., p. 161.

segundo, que es posible una distinción débil de reglas y principios bajo una perspectiva funcional”¹³³. Esto es así, para García Figueroa, porque en su opinión “la distinción entre un punto de vista ontológico y otro pragmático es aplicable a la contraposición de reglas y principios. Desde un punto de vista ontológico es difícil mantener la distinción fuerte entre reglas y principios. Sin embargo, a nivel pragmático, los juristas han distinguido tradicionalmente de algún modo ambas categorías”¹³⁴. Pero a ello me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa avanzar sobre la teoría de Atienza y Ruiz Manero, que como se recordará proponen explicar la distinción entre reglas y principios a partir de tres enfoques. Ya mostré los enfoques estructural y funcional. Por lo que resta prestar atención al tercer enfoque.

Desde el punto de vista de la conexión con los intereses y relaciones de poder en la sociedad, quizás lo primero que convenga advertir es que, para Atienza y Ruiz Manero, “poder” se define al decir que “ $\langle A$ tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar a los intereses de $B \rangle$ ”¹³⁵. No se pierda de vista, por otro lado, continúan Atienza y Ruiz Manero, que: “[e]l hecho de que un agente (individual o colectivo) tenga esa capacidad puede deberse a factores distintos: por ejemplo, el poder de A puede basarse en su mayor fuerza física; en el hecho de que A posee ciertos recursos limitados que B también ambiciona; en que B reconoce a A cierta ascendencia por motivos de parentesco, ideológicos, etc.; o bien en el hecho de que existe una determinada norma que confiere a A un poder normativo para alterar la situación normativa de B ”¹³⁶. No es necesario, sin embargo, desarrollar aquí las implicaciones de esta definición de poder o bien, de sus causas. Es suficiente, en cambio, señalar que para Atienza y Ruiz Manero se trata de “una noción de poder amplísima pero que conecta de manera esencial [...] con la de interés: el poder es un tipo de relación en que los sujetos que participan en ella están en una situación de desigualdad en cuanto que unos pueden afectar los intereses de los otros”¹³⁷. Dicho esto, lo que Atienza y Ruiz Manero quieren advertir, en relación con las normas, es que

¹³³ Ídem., p. 162.

¹³⁴ Ídem., p. 206.

¹³⁵ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id., Las piezas del Derecho...*, cit., p. 15.

¹³⁶ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las reglas que confieren poderes” (1994), en *Id., Las piezas del Derecho...*, cit., p. 73.

¹³⁷ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id., Las piezas del Derecho...*, cit., p. 16.

el poder no sólo tiene que ver con su establecimiento o aplicación, sino además que las normas configuran una estructura de poder.

Hasta aquí los tres enfoques que Atienza y Ruiz Manero proponen para distinguir entre reglas y principios. Ahora conviene, según Atienza y Ruiz Manero, prestar atención a las funciones que los principios cumplen en el Derecho. Se trata de las dimensiones explicativa, justificativa, legitimadora y de control del poder de los principios. Efectivamente, los principios tienen una función explicativa pues son, según Atienza y Ruiz Manero, “piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad (el Derecho visto desde diferentes ángulos o niveles de abstracción)”¹³⁸. Los principios cumplen esta función explicativa en dos sentidos. Por una parte, sintetizan una gran cantidad de información. Y por otra, permiten entender el Derecho como un conjunto ordenado, es decir, dotado de sentido. Los principios, como ya se dijo, cumplen también una función justificativa. Esto es, hablando del razonamiento jurídico y prestando atención al aspecto normativo de los principios, según Atienza y Ruiz Manero, “puede decirse que el papel de los principios contrasta con el de las reglas en cuanto que, desde una cierta perspectiva, su contribución a la argumentación es más modesta, mientras que, vistas las cosas desde otro punto de vista, cabría decir que los principios superan a las reglas”¹³⁹. Y finalmente, en la dimensión legitimadora y de control del poder, para Atienza y Ruiz Manero, la función de los principios se ve en el papel de las directrices en un Estado social, sin que además se pierda de vista el papel de las declaraciones de derechos fundamentales. Así, según Atienza y Ruiz Manero: “[e]l eje de la consideración como legítimo del ejercicio de los poderes públicos reside hoy en que éstos sean capaces de perseguir -y de lograr- objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos. El logro de este difícil equilibrio -que viene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo- dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoría y una práctica adecuadas de los principios jurídicos”¹⁴⁰.

La teoría de Atienza y Ruiz Manero como se vio es una defensa de la tesis de la distinción fuerte ente reglas y principios. R. Alexy, como apuntaba, también sostiene esta tesis. Si bien cierto que, como se ha dicho, “la obra de Robert Alexy [...] sin lugar a dudas, representa un punto de referencia obligado en la dogmática alemana de los

¹³⁸ Ídem., p. 20.

¹³⁹ Ídem., p. 21.

¹⁴⁰ Ídem., p. 25.

derechos fundamentales de finales del segundo milenio y comienzos del tercero”¹⁴¹. No lo es menos que aquí me interesa prestar atención a su postura sobre la distinción entre reglas y principios contenida en su obra *Theorie der Grundrechte*¹⁴². Como se sabe: “[l]a tesis central del libro de Alexy señala que las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio. Cuando tienen este carácter, tales normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas”¹⁴³. Tesis que conviene apuntar desde ahora, no ha estado exenta de críticas. Así, por ejemplo, Bernal ha propuesto su reformulación al decir que: “[l]os principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas, fácticas y -aquí viene la modificación- *epistémicas* existentes [...] Las posibilidades epistémicas establecen límites adicionales a los mandatos de optimización. La teoría de los principios parte de la base de que no siempre es posible reconocer con certeza el punto en que se satisfacen de forma óptima los principios fundamentales en colisión”¹⁴⁴. No creo, sin embargo, que sea necesario avanzar sobre las objeciones a la teoría de Alexy. Me interesa, en cambio, como acabo de señalar prestar atención a algunos aspectos de su postura sobre la distinción entre reglas y principios.

Pues bien, Alexy dice que las reglas y los principios son normas. Esto es así, porque establecen lo que es debido. O, lo que es lo mismo, para Alexy, las reglas y los principios pueden ser formulados a través de las expresiones mandato, permiso y prohibición. Reglas y principios, de este modo, son razones para efectuar juicios de deber ser, aunque se trate de razones de tipo diferente. En suma, el punto de partida es tener claro, según Alexy, que el problema de la distinción entre reglas y principios es un debate sobre la distinción entre tipos de normas. Alexy distingue entre tres tesis que explican la diferencia entre reglas y principios. La primera tesis sostiene que es “vano” dividir a las normas entre reglas y principios, por la pluralidad de estándares existentes en la realidad. La segunda tesis, por su parte, afirma que la distinción entre reglas y principios es una cuestión de “grado”. Y la tercera tesis, en palabras de Alexy, “señala que las normas

¹⁴¹ C. BERNAL PULIDO, “Estudio Introductorio”, a R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. XXV-LXXX, en especial p. XXV.

¹⁴² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

¹⁴³ C. BERNAL PULIDO, “Estudio Introductorio”, a R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. XXX.

¹⁴⁴ Ídem., p. LIII.

pueden dividirse en reglas y principios y que entre reglas y principios existe no sólo una diferencia gradual sino *cualitativa*. Esta tesis [en opinión de Alexy] es correcta. Existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios”¹⁴⁵. Este no es otro más que la idea de Alexy según la cual los principios, a diferencia de las reglas, son mandatos de optimización. Efectivamente, en palabras de Alexy: “[e]l punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestos [...] En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”¹⁴⁶, según Alexy. Como se acaba de decir, para Alexy, los principios son mandatos de optimización y, en cambio, las reglas se cumplen o no. M. Atienza y J. Ruiz Manero, por su parte, precisan “que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero por lo que se refiere a las directrices o normas programáticas, pero no lo es en el caso de los principios en sentido estricto”¹⁴⁷.

Este, sin embargo, no es el único criterio que según la teoría de Alexy nos permite distinguir cualitativamente entre reglas y principios. Me refiero al caso de conflicto entre normas. En efecto, según Alexy: “[u]n conflicto entre reglas sólo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida”¹⁴⁸. Los principios, en cambio, funcionan de otra forma. Para Alexy, en caso de conflicto, “uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Sin embargo, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya

¹⁴⁵ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 67.

¹⁴⁶ Ídem., pp. 67 y 68.

¹⁴⁷ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id., Las piezas del Derecho...*, cit., p. 9.

¹⁴⁸ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 69.

que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas tienen lugar en la dimensión de la validez, mientras que las colisiones de principios [...] tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”¹⁴⁹.

Otro criterio para sostener una distinción cualitativa entre reglas y principios en la teoría de Alexy, según García Figueroa, es que: “[e]n cuanto razones para la acción, las reglas tendrían un carácter definitivo [...] en tanto que los principios tendrían un carácter *prima facie* porque no proporcionan soluciones concluyentes, sino razones para una ponderación, que exigen su mayor eficacia [...] de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas del caso”¹⁵⁰. Efectivamente, este criterio, en palabras de Alexy, “es el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios. Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*. Que un principio valga para un caso no significa que lo que el principio exige para este caso tenga validez como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas [...] Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si este no es el caso, entonces lo que la regla establece tiene validez definitiva”¹⁵¹. Lo que se quiere decir entonces, según Alexy, es que “las reglas y los principios son razones de tipo diferente. Los principios son siempre *razones prima facie*; las reglas, a menos que se haya establecido una excepción, son *razones definitivas*”¹⁵².

¹⁴⁹ Ídem., pp. 70 y 71.

¹⁵⁰ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 301.

¹⁵¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 79 y 80.

¹⁵² Ídem., p. 82.

Como se ha insistido, la teoría de Alexy sobre la relación entre reglas y principios se trata de una defensa de la tesis de la distinción fuerte. En contra, como decía se ha sostenido la tesis de la distinción débil. Señalé que uno de los representantes de esta idea es L. Prieto. Él comienza por reconocer que el debate entre reglas y principios se ha caracterizado, en efecto, por la presencia de estas tesis. Como reseña Barranco: “[l]a diferenciación entre distinción fuerte y débil de principios y normas tiene que ver con la oposición que establece L. Prieto entre las posturas que defienden la existencia de una diferencia lógica o estricta entre normas (reglas) y principios y aquellas otras que consideran que se trata de especies de un mismo género”¹⁵³. Pero como señala Prieto, a su modo de ver: “[q]ue entre reglas y principios exista una diferencia fuerte y cualitativa o, por el contrario, débil y cuantitativa acaso resulte el objeto de un debate meramente académico, si bien [cree] que la opción se conecta con el transcendental problema de las relaciones entre Derecho y moral [...] De momento, conviene recordar que, cualquiera que sea la fuerza de la distinción, ésta puede presentarse en términos estructurales o interpretativos”¹⁵⁴.

Prieto advierte que en su opinión entre reglas y principios no existe una distinción fuerte desde el punto de vista estructural. En efecto, según Prieto, “conviene subrayar que [...] ya no cabe la respuesta tradicional de que los principios son las normas más fundamentales, más generales o más vagas, pues tales características son graduables, no permiten trazar una distinción rigurosa y además no tienen por qué concurrir conjuntamente en un mismo enunciado. De ser esta la diferencia, carecería de relevancia alguna”¹⁵⁵. Como se acaba de decir, por otro lado, para Alexy una de las diferencias entre reglas y principios se presenta en caso de conflicto. Esta es una idea a la que es necesario prestar atención, pues como nos recuerda Bayón, qué duda cabe de que, por ejemplo, “todos los derechos fundamentales y bienes de relevancia constitucional [...] pueden como es obvio entrar en conflicto de muchas maneras y en muy diversas circunstancias”¹⁵⁶. Prieto parece admitir la diferencia propuesta por Alexy hablando del conflicto entre normas, cuando dice que, en su opinión, “lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus

¹⁵³ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 144.

¹⁵⁴ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 59.

¹⁵⁵ Ídem., p. 51.

¹⁵⁶ J.C. BAYÓN MOHÍNO, “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 87-117, en especial p. 89.

eventuales conflictos: si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, es que estamos ante un principio”¹⁵⁷. Pero esta coincidencia de Prieto con Alexy es sólo aparente. Porque Prieto, a diferencia de Alexy, sostiene la tesis de la distinción débil. Digo esto pues en la teoría de Prieto la diferencia entre reglas y principios sólo es de grado. Esto es así, por una parte, porque como se acaba de decir desde el punto de vista estructural no es posible establecer más que diferencias graduables. Y por otra, la distinción es de grado pues según Prieto no tiene relevancia alguna el hecho de que una norma sea una regla o un principio sino hasta el momento de la interpretación.

Efectivamente, en sus palabras: “[l]a diferencia entre reglas y principios cobra toda su trascendencia en la que venimos llamando sede interpretativa, pues aquí se sugiere una forma de razonamiento abiertamente superadora de la subsunción que, además, en determinadas circunstancias resulta aplicable a toda norma; en concreto, cualquier norma puede operar como principio cuando su colisión con otra norma se resuelve de determinada manera”¹⁵⁸. En suma, Prieto sostiene la tesis de la distinción débil entre reglas y principios, porque conviene insistir en que, conforme a su teoría, desde el punto de vista estructural entre estas normas las diferencias son graduables, y el hecho de que una norma sea una regla o un principio sólo adquiere relevancia en el momento de la interpretación. O, lo que es lo mismo, según Prieto, “la técnica de los principios es aplicable siempre, y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, pues siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte”¹⁵⁹. Pues bien, en este trabajo, siguiendo a Hart (y a Prieto), asumiré la tesis de la distinción débil entre reglas y principios. Pues creo, como dice Barranco, que “tanto principios como reglas son normas jurídicas y la diferencia es más gradual y relativa que definitiva”¹⁶⁰. Esto es así, porque coincido con Prieto cuando dice que la diferencia no está en la estructura, sino en el momento de la interpretación. Además, a mi modo de ver, no es del todo cierto que sólo los principios

¹⁵⁷ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 58.

¹⁵⁸ Ídem., p. 61.

¹⁵⁹ Ídem., p. 64.

¹⁶⁰ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 256.

sean derrotables. Pues considero que tanto las reglas como los principios presentan esta propiedad¹⁶¹. Sin embargo, esta última afirmación requiere algún desarrollo.

Creo que uno de los primeros autores que habló de la idea de derrotabilidad fue Hart. En efecto, como nos recuerda Bayón: “[l]os antecedentes, ya relativamente lejanos, del uso de esta noción por parte de la [T]eoría del [D]erecho se remontan a algunos de los primeros escritos de Hart, donde se sostenía que los conceptos jurídicos tienen un carácter *sui generis* -que hace que no sean susceptibles de definición *per genus et differentian* y requerían un método de elucidación especial- que se manifiesta en la imposibilidad de establecer una lista de condiciones necesarias y suficientes para su aplicación”¹⁶². Bayón se refiere, por ejemplo, a *The Ascription of Responsibility and Rights*¹⁶³. Hart dice que su propósito en ese artículo es sugerir que el análisis filosófico del concepto de acción humana ha sido inadecuado y confuso. Al menos, en parte, porque enunciados de la forma “Él lo hizo” han sido tradicionalmente considerados como una descripción primaria, mientras que su función principal es la que Hart llama “adscriptiva”. Esto es, que adscriben responsabilidad por acciones. Lo mismo, según Hart, sucede con enunciados de la forma “Esto es de él”, que no describen, sino que adscriben derechos de propiedad.

Para Hart, usualmente no es posible definir un concepto jurídico como “allanamiento” o “contrato”, especificando las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación. Un conjunto de condiciones puede ser adecuado para algunos casos, pero no para otros. Y algunos conceptos sólo pueden ser explicados con la ayuda de una lista de excepciones o “ejemplos negativos”, para mostrar que el concepto quizás no se aplica o bien, que sólo puede ser aplicado en una forma débil. Esto, dice Hart, puede ser ilustrado con el Derecho de los contratos. En particular, cuando un estudiante aprende que en el Derecho inglés se requieren condiciones positivas para la existencia de un contrato válido. Por ejemplo, al menos dos partes, la oferta de una y la aceptación de la otra. Sin embargo, su comprensión del concepto jurídico de un contrato todavía estaría incompleta. Y permanecerá así, a menos que el estudiante aprenda la técnica de interpretación de los abogados para definir conceptos vagos como “oferta” o “aceptación”. Estas condiciones,

¹⁶¹ J.L. RODRÍGUEZ y G. SUCAR, “Las trampas de la derrotabilidad: Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 403-420, en especial p. 405.

¹⁶² J.C. BAYÓN MOHÍNO, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, cit., pp. 90 y 91.

¹⁶³ H.L.A. HART, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49, 1948-1949, pp. 171-194.

aunque necesarias, no son siempre suficientes, y el estudiante todavía tiene que aprender que se puede “derrotar” la afirmación de que un contrato es válido, a pesar de que todas estas condiciones sean satisfechas.

Esto es, de acuerdo con Hart, el estudiante todavía tiene que aprender qué sigue a las palabras “a menos que”, que pueden acompañar al enunciado de estas condiciones. Esta característica de los conceptos jurídicos es una para la que no existe una palabra en inglés. Pues, por ejemplo, los términos “condicional” y “negativo” tienen implicaciones equivocadas. El Derecho, sin embargo, según Hart, sí tiene una palabra que no sin cierta duda puede usarse. Esta es “derrotable” [*defeasible*]. Esta idea se presenta también en el Derecho Penal. De hecho, para Hart, el principal campo en el que los juristas crean dificultades para ellos mismos (en parte bajo la influencia del tradicional análisis filosófico de la acción) por ignorar el carácter esencialmente derrotable de los conceptos es el Derecho Penal.

Según Hart, considerar el carácter derrotable de los conceptos jurídicos ayuda a explicar cómo los enunciados de hecho apoyan o refutan las conclusiones jurídicas. Y, por consiguiente, sirve para interpretar las frases usadas por los abogados para conectar los hechos con el Derecho. Cuando, por ejemplo, ellos hablan de “los efectos o consecuencias jurídicas de los hechos” o bien, de “las conclusiones del Derecho dibujadas por los hechos”. En particular, dice Hart, no considerar el carácter derrotable de los conceptos muestra qué equivocado puede ser sucumbir en la “tentación” ofrecida por las modernas teorías del significado consistente en identificar el sentido de un concepto jurídico con el enunciado de las condiciones necesarias y suficientes para su aplicación.

Si bien es cierto que la finalidad de Hart con esta explicación es dar respuesta a la pregunta de qué distingue el movimiento físico de un cuerpo humano de una acción humana, no lo es menos que, como decía, cito aquel texto porque es uno de los primeros desarrollos de la idea de derrotabilidad. Pues en él, una de las conclusiones de Hart, en sus palabras, es que “nuestro concepto de acción, como nuestro concepto de propiedad, es un concepto social que depende lógicamente de la aceptación de reglas de conducta. Este es un carácter no descriptivo, sino fundamentalmente adscriptivo; y es un concepto derrotable que se define por excepciones y no por un conjunto de condiciones necesarias y suficientes físicas o psicológicas”¹⁶⁴. O, lo que es lo mismo, en ese escrito para Hart,

¹⁶⁴ Ídem., p. 189.

según Bayón, decir que una norma es “derrotable” o “abierta” es afirmar que se trata “de una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición *suficiente* de su aplicación”¹⁶⁵. Como se vio, a partir de esta idea, Hart responde a una de las críticas de Dworkin hablando de la distinción entre reglas y principios.

En efecto, como ya se dijo en el capítulo primero, recuérdese que Dworkin objeta que jueces y abogados echan mano de estándares que no funcionan como reglas. Se trata, entre otros, de los principios. Estos, para Dworkin, como señalé son un estándar que debe ser observado porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La diferencia entre reglas y principios para Dworkin es lógica. Por ello, como avancé Dworkin sostiene la tesis de la distinción fuerte. Esto es así, entre otras cuestiones, porque según Dworkin las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas. Lo que quiere decir que, si se suscitan los hechos previstos por la regla, esta se aplica. Los principios, en cambio, no pretenden establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Enuncian una razón que discurre en una sola dirección. Esta es para Dworkin una distinción lógica entre reglas y principios, porque para él las reglas son concluyentes y los principios no. O, dicho de otra forma, como ya nos recordara Bayón, “en la presentación original de sus argumentos Dworkin venía a sostener que los principios son normas derrotables o abiertas y las reglas normas inderrotables o cerradas”¹⁶⁶.

Pues bien, como venía diciendo Hart responde a esta crítica de Dworkin a partir de la idea de derrotabilidad. Porque a su modo de ver las reglas y los principios presentan esta propiedad. En efecto, como señalaba en el capítulo primero, Hart defiende que distinguir como lo hace Dworkin entre reglas de todo o nada y principios no concluyentes es una cuestión de grado. Pues las reglas pueden ser casi concluyentes. Es decir, pueden ser derrotadas por otra regla o bien, por un principio. Y entonces a pesar de que se susciten los hechos previstos por la regla, esta no se aplica. Hablar de derrotabilidad no quiere decir otra cosa más que la no aplicación de una norma. Y esto puede obedecer al hecho de que existen excepciones que no es posible prever, como sostuvo Hart hablando de

¹⁶⁵ J.C. BAYÓN MOHÍNO, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, cit., p. 91.

¹⁶⁶ Ídem., p. 93.

conceptos jurídicos en *The Ascription of Responsibility and Rights*¹⁶⁷. O bien, a que las reglas son en realidad casi concluyentes, porque pueden ser desplazadas por otra considerada de mayor importancia o por un principio no concluyente, como defendió Hart en el *Postscript*¹⁶⁸ al responder a las objeciones de Dworkin. Debo advertir, sin embargo, que, aunque se admite que derrotabilidad quiere decir no aplicación, se han intentado otras explicaciones sobre el por qué esto es así. F.M. Mora Sifuentes llama nuestra atención sobre el hecho de que: “[b]ásicamente, por un lado, la derrotabilidad [*defeseability*] suele predicarse desde dos puntos de vista. Desde la lógica, por la imposibilidad de reconstruir los razonamientos en base a las herramientas que la lógica clásica ofrece; o, desde otro punto de vista, por tratarse de una propiedad de algunas normas que tiene una base axiológica o moral. En el primero de los casos, la derrotabilidad derivaría de la imposibilidad misma de reconstruir con antelación todos los supuestos de hecho por los cuales se aplica una norma porque *siempre* es posible que aparezcan excepciones implícitas”¹⁶⁹, como según se acaba de decir defiende Hart. En el otro extremo, continúa Mora: “[c]omo problema valorativo o axiológico se dice que las propias normas -los principios- por su dimensión de peso o importancia, por su carga valorativa, son derrotables, toda vez que precisan de ponderación con otros valores y bienes en conflicto atendiendo todos los factores relevantes que vengan al caso. Para resumirlo: las normas de un Derecho rematerializado por una pluralidad de valores son derrotables sobre bases éticas”¹⁷⁰. Esta es, por ejemplo, la tesis de R.R. Rodríguez Santander en *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional*¹⁷¹, cuando dice que: “[l]a derrotabilidad jurídica alude a la posibilidad de que, en base a razones morales derivadas del Derecho y advertidas en el marco del razonamiento jurídico práctico, una norma sea inaplicada, a pesar de haberse verificado un hecho al que resultaba lógica o deductivamente aplicable”¹⁷².

¹⁶⁷ H.L.A. HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, cit., p. 189.

¹⁶⁸ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho* (1994), trad. de R. Tamayo y Salmorán, edición de P.A. Bulloch y J. Raz, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 42 (H.L.A. HART, *Postscript*, Oxford University Press, 1994).

¹⁶⁹ F.M. MORA SIFUENTES, *Legalismo y constitucionalismo: Pautas para una reconstrucción del imperio de la ley y de la Constitución*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2014, pp. 316 y 317.

¹⁷⁰ Ídem., p. 319.

¹⁷¹ R.R. RODRÍGUEZ SANTANDER, *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015.

¹⁷² Ídem., p. 299.

Rodríguez explica que a su modo de ver el supuesto de la derrotabilidad es que “una regla jurídica semánticamente clara y de estructura completa, manteniendo su validez abstracta, ha sido inaplicada, a pesar de haberse verificado un hecho claramente subsumible en su supuesto normativo, y sin que exista en el ordenamiento una excepción expresa a su contenido deóntico”¹⁷³. En este contexto, como decía, la tesis de Rodríguez, en sus palabras, “es que en los sistemas jurídicos cuyas [C]onstituciones reconocen e incorporan una moral sustantiva vinculante identificada con la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales, esto es, por antonomasia, en los Estados [c]onstitucionales, los servidores públicos deben asumir que una norma jurídica, con independencia de la estructura y grado de claridad semántica que posea, puede ser inaplicada a un caso lógicamente subsumible en ella, en virtud del mayor peso de las razones morales derivadas, directa o indirectamente, de las normas jurídicas que reconocen derechos fundamentales y, en definitiva, que reconoce a la dignidad como valor jurídico supremo. De esta manera, se sostiene que, en estos escenarios, debe asumirse que la derrotabilidad es una propiedad de la norma jurídica regulativa, sustentada en la acción de la moral reconocida por el Derecho”¹⁷⁴.

Creo que la derrotabilidad es una propiedad de toda norma. Pues a mi modo de ver como ya lo apuntaba siguiendo a Prieto, toda norma puede funcionar al momento de la interpretación como una regla o bien, como un principio. De este modo, pienso que existe cierta coincidencia entre las tesis de la distinción débil y de la derrotabilidad. Esta es una idea que comparte Rodríguez, cuando viene a decir que: “[a]firmar que la derrotabilidad es una propiedad de toda norma jurídica, significa afirmar que toda norma jurídica, llegado el momento, puede actuar como un principio. En esa medida, existe proximidad entre la tesis de la derrotabilidad jurídica y la tesis débil de la separación conceptual entre principios y reglas”¹⁷⁵. Hasta aquí mi acuerdo con Rodríguez. Digo esto porque no creo que sea del todo cierto, como él defiende, que una norma pueda ser derrotada por razones morales¹⁷⁶. Pero supongo que conviene avanzar sobre esta tesis.

¹⁷³ R.R. RODRÍGUEZ SANTANDER, “Introducción”, a *Id.*, *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional*, cit., pp. 4-10, en especial pp. 4 y 5.

¹⁷⁴ *Ídem.*, p. 6.

¹⁷⁵ *Ídem.*, p. 8.

¹⁷⁶ En contra, véase J.J. MORESO MATEOS, “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 45-62, en especial p. 59.

Pues bien, Rodríguez viene a señalar que hablar de derrotabilidad no quiere decir otra cosa más que no aplicación de una norma. En efecto, en sus palabras, “el fenómeno de la derrotabilidad jurídica está más cercano a la aplicabilidad o inaplicabilidad concreta de las disposiciones, que a su validez o invalidez abstracta”¹⁷⁷. O, lo que es lo mismo, para Rodríguez: “[l]a derrotabilidad jurídica se relaciona con el discurso práctico o concreto de la aplicabilidad o inaplicabilidad normativas. Una norma derrotable es aquella que, por determinadas razones, debe inaplicarse a un caso subsumible en ella, sin que por ello deje de ser aplicable a otros casos también subsumibles, es decir, sin que haya perdido validez”¹⁷⁸. En este punto no habría objeción alguna. Pues también pienso, siguiendo a Hart, que derrotabilidad quiere decir no aplicación de una norma. Pero, según Rodríguez, “con el concepto de derrotabilidad jurídica se alude a la posibilidad de que una norma jurídica, manteniendo su validez abstracta, sea inaplicada a un caso individual literalmente contenido en su caso genérico, por razones morales derivadas vía argumentación de otras normas jurídicas”¹⁷⁹. En concreto, de aquellas que reconocen la dignidad humana y los derechos fundamentales. De acuerdo con Rodríguez, una norma puede ser derrotada, es decir, no aplicarse por razones morales. Pero no de cualquier tipo. Para Rodríguez, de hecho, según afirma “la moral que genera la derrotabilidad de una norma jurídica debe ser la moral legalizada o moral jurídico positiva -entendiéndose por ella la moral reconocida por el Derecho, fundamentalmente, en su Constitución-, no la moral positiva o social -es decir, la moral que mayoritariamente comparte una sociedad en un espacio y tiempo determinados-, ni la moral crítica o ideal -a saber, aquella desde cuyo postulado se juzga la racionalidad tanto de la moral legalizada como de la positiva”¹⁸⁰. Creo que lo que Rodríguez quiere decir es que, en un Estado constitucional, que dicho sea de paso es el contexto en el que ubica su investigación, las razones morales que derivan de las normas que reconocen la dignidad humana y los derechos fundamentales pueden generar la derrotabilidad normativa. En efecto, en sus palabras, “en los Estados constitucionales la causa fundamental de la derrotabilidad jurídica reside en la acción de la moral reconocida por el Derecho, esencialmente representada por los derechos fundamentales y la dignidad humana que les sirve de base”¹⁸¹.

¹⁷⁷ R.R. RODRÍGUEZ SANTANDER, *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional*, cit., p. 58.

¹⁷⁸ Ídem., p. 66.

¹⁷⁹ Ídem., p. 24.

¹⁸⁰ Ídem., p. 25.

¹⁸¹ Ídem., p. 126.

Estas razones no son más que una moral incorporada en el Derecho y, en concreto, en la Constitución que como decía Rodríguez viene a denominar moral legalizada, moral jurídico positiva, “moral sustantiva incorporada en el Derecho”¹⁸², “esencia moral legalizada”¹⁸³ o bien, “moral fundamental legalizada”¹⁸⁴. Es decir, en palabras de Rodríguez: “[l]as aludidas razones que determinan la inaplicación de una norma derrotable son de carácter moral y deben provenir de la moral fundamental legalizada”¹⁸⁵. Que como se acaba de decir, no debe confundirse con la moral social ni con la moral objetiva. Lo interesante, sin embargo, es que en su trabajo no se entiende bien a qué obedece la incorporación en el Derecho de esa “moral fundamental legalizada”. Lo que quiero decir es que no alcanzo a ver si conforme a su teoría esta moral se incorpora en el Derecho por su verdad o corrección o bien, por su promulgación, es decir, por una fuente social. Y esto es importante. Porque si en la teoría de Rodríguez, la moral se incorpora en el Derecho por su verdad o corrección sería difícil sostener una postura positivista como creo que lo hace. Pues la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral se vería seriamente comprometida. Pero si la moral se incorpora en el Derecho por su promulgación, es decir, por una fuente social ya no estamos hablando de moral sino de Derecho. Y entonces el planteamiento de Rodríguez pierde fuerza, porque no sería verdad como lo pretende que una norma puede ser derrotada por razones morales.

En mi opinión, como decía toda norma puede ser derrotada. Así, estoy de acuerdo con Bayón cuando apunta que “la derrotabilidad es una propiedad posible del [D]erecho (o de parte de él) que desempeña un papel real en nuestras prácticas jurídicas”¹⁸⁶. Pero sospecho que esta propiedad no nos permite distinguir entre reglas y principios. Por una parte, porque los principios son no concluyentes, es decir, derrotables. Y por otra, pues Hart lleva razón cuando nos hace ver que las reglas son casi concluyentes o, lo que es lo mismo, que también pueden ser derrotadas. Creo además que Hart está en lo cierto cuando defiende que esto es así, porque la aplicación de una regla puede tener excepciones implícitas¹⁸⁷ o bien, porque puede ser derrotada por otra de mayor importancia. Pienso

¹⁸² Ídem., p. 191.

¹⁸³ Ídem., p. 265.

¹⁸⁴ Ídem., pp. 25 y 26.

¹⁸⁵ Ídem., p. 67.

¹⁸⁶ J.C. BAYÓN MOHÍNO, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, cit., pp. 96 y 97.

¹⁸⁷ J.C. BAYÓN MOHÍNO, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 5-65, en especial pp. 36 y 37; J.L. RODRÍGUEZ, “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 149-167, en especial pp. 154 y 159; y J.L. RODRÍGUEZ y G. SUCAR, *Las trampas de la derrotabilidad...*, cit., pp. 403 y 404.

que una de las aportaciones de Rodríguez es llamar nuestra atención sobre el hecho de que la derrotabilidad tiene lugar en el razonamiento práctico. Pero como decía no comparto que obedezca a razones morales. Porque como se acaba de señalar, si conforme a su teoría la moral se incorpora en el Derecho por su promulgación, ya no es moral sino Derecho. Y entonces quien toma la decisión de no aplicar una norma no lo hace por razones morales, sino jurídicas. Rodríguez podría responder que conforme a su teoría las razones morales que explican la derrotabilidad no están en las normas jurídicas que reconocen la dignidad y los derechos, sino que derivan de la moral a que estas normas remiten. Pero aún así creo que su planteamiento pierde fuerza. Por una parte, porque olvidaría que Raz ya explicó a través de su tesis de las reglas de conflicto la remisión que el Derecho hace a la moral. Y por otra, pues dejaría de lado posturas como la de Waldron que como se vio viene a decir que el positivismo no tendría problema alguno si la remisión fuera a la moral objetiva, porque en todo caso lo que cuenta como Derecho es la decisión del juez. En fin, estos son algunos de los argumentos por los que no comparto la postura de Rodríguez.

Pero además debo advertir que no estoy de acuerdo en que la validez de una norma dependa de razones morales como lo defiende Rodríguez. Para él, “una norma inválida es aquella que resulta formal o materialmente incompatible con una norma supraordenada”¹⁸⁸. Y en concreto, en sus palabras, “la dignidad humana y los derechos fundamentales son el contenido material o sustantivo de la ética pública, en contraposición a los criterios de validez formal o procedimental constituidos por las normas que determinan a los órganos competentes para la toma de decisiones y los procedimientos concretos que deben seguirse para adoptarlas”¹⁸⁹. Lo que quiero decir es que en mi opinión no es plausible sostener como lo hace Rodríguez la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. Pero a esta idea me referiré en el capítulo siguiente. Aquí, recuérdese que desarrollé la tesis de la derrotabilidad al hilo de la adopción en esta investigación de una distinción débil. Porque como se ha puesto de manifiesto, esta tesis está relacionada con una discusión sobre reglas y principios¹⁹⁰, como la que aquí se viene mostrando. Sin embargo, creo que conviene avanzar sobre el resto de los contenidos

¹⁸⁸ R.R. RODRÍGUEZ SANTANDER, *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional*, cit., p. 219.

¹⁸⁹ Ídem., p. 114.

¹⁹⁰ J.C. BAYÓN MOHÍNO, *Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico*, cit., p. 93; e *Id.*, *¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?*, cit., p. 8.

materiales incorporados en la Constitución. Por ello, a continuación me referiré a los derechos fundamentales. Si bien es cierto que esta es una categoría propia del neoconstitucionalismo alemán, español o italiano, no lo es menos que en mi opinión sí se puede utilizar en términos generales. Además, creo que está justificado referirme a esta categoría de los derechos fundamentales, propia como se acaba de decir de teorías que explican los casos de Alemania, España e Italia, pues no debe perderse de vista que en esta segunda parte de la investigación me interesa prestar atención al neoconstitucionalismo presente en Europa desde mediados del siglo XX.

2.3.Derechos fundamentales

No hay un concepto unívoco de “derechos fundamentales”¹⁹¹. No es mi propósito, sin embargo, desarrollar este tema. Me interesa, en cambio, prestar atención a dos ideas. La primera es la tesis de los derechos como moral. Y la segunda es la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Más adelante justificaré estas opciones. Aquí, como decía conviene insistir en que existe cierto consenso sobre la idea de que los derechos son moral¹⁹². Por ejemplo, A.E. Pérez Luño viene a decir que: “[l]os derechos humanos aparecen como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”¹⁹³. G. Peces-Barba, por su parte, coincide con Pérez Luño en esta idea sobre el contenido moral de los derechos. Pues defiende que “derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus

¹⁹¹ L. PRIETO SANCHÍS, “Algunos problemas de la fundamentación de los derechos humanos”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 17-74, en especial p. 18.

¹⁹² C. BERNAL PULIDO, “Estudio Introductorio”, a R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. LI; D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 40; D. KURI BREÑA, *Introducción filosófica al estudio del Derecho...*, cit., p. 198; L. PRIETO SANCHÍS, “Algunos problemas de la fundamentación de los derechos humanos”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 20; *Id.*, “Consecuencias de la constitucionalización de los derechos”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 111-120, en especial p. 111; *Id.*, “Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 75-93, en especial p. 88; y C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 189.

¹⁹³ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 48; e *Id.* *al*, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 222.

objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del [o]rdenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica”¹⁹⁴. E. Díaz comparte la idea de que los derechos fundamentales traducen un contenido moral. En sus palabras, “para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, exigencias éticas que en cuanto conquista histórica constituyen hoy elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho”¹⁹⁵. F.J. Ansuátegui, en fin, sostiene que “cualquier derecho no tiene la categoría de fundamental: sólo lo son aquellos que responden a determinados valores o principios, contruidos a través de un ejercicio histórico-racional, directamente destinados a asegurar el desarrollo de todas las vertientes implícitas en el concepto de dignidad humana. Por lo tanto, los derechos fundamentales lo son por dos motivos: por encontrarse en los más altos escalones del [o]rdenamiento jurídico -lo cual les dota de un específico status que se articula a través de una concreta resistencia frente a las actuaciones del legislador y de los poderes públicos en general- y por traducir al lenguaje jurídico el contenido de valores o principios considerados fundamentales para la vida humana”¹⁹⁶. No es necesario detenerme en el concepto de “resistencia”¹⁹⁷. Cito la opinión de Ansuátegui, así como las posturas de Pérez Luño, Peces-Barba y Díaz para mostrar que, como decía, existe cierto acuerdo sobre la idea de que los derechos son moral.

Está justificado insistir aquí en esta idea, pues como ya apunté algunas teorías neoconstitucionalistas la defienden¹⁹⁸. De hecho, estas vienen a decir, como reseña

¹⁹⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 37.

¹⁹⁵ E. DÍAZ GARCÍA, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, 8ª ed., Madrid, 1981, pp. 38 y 39. En este sentido, véase E. DÍAZ GARCÍA, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 26.

¹⁹⁶ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 36.

¹⁹⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 367; L. PRIETO SANCHÍS, “Ensayos de clasificación”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 121-138, en especial p. 121; *Id.*, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 205-218, en especial p. 206; *Id.*, “Los derechos fundamentales en el sistema español”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 95-109, en especial pp. 99, 100, 103 y 105; e *Id.*, “Los derechos fundamentales y el poder legislativo”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 139-152, en especial p. 135.

¹⁹⁸ M. ATIENZA, “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 264-281, en especial p. 278; V. FERRERES COMELLA, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 356-380, en especial p. 364; y A. GARCÍA FIGUEROA, “La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 159-186, en especial p. 165.

Barranco, que “los derechos fundamentales [...] constituyen el punto de enlace por excelencia del Derecho, la Moral y la Política”¹⁹⁹. Si, como se acaba de señalar, los derechos fundamentales incorporados en la Constitución son moral, el neoconstitucionalismo afirma que en el Derecho del Estado constitucional existe una relación necesaria entre Derecho y moral. Si esto es así, algunas teorías neoconstitucionalistas terminan por defender que entonces es falso, como dice el positivismo jurídico, que el Derecho es un producto humano o bien, que las conexiones entre Derecho y moral son contingentes, no necesarias lógica ni conceptualmente. Y de este modo, el positivismo sería un planteamiento insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional. Una forma de responder a este argumento es decir que, en realidad, los derechos fundamentales son Derecho y, en concreto, normas jurídicas. Esta no es otra cosa más que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Idea a la que como decía me interesa prestar atención, porque como se acaba de avanzar y se argumentará más adelante, es una forma de responder al argumento objeto de este capítulo.

Está justificado así referirme a continuación a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Es claro que esta idea no aparece desarrollada en todos los sistemas constitucionales. Pero como ya se dijo respecto de la categoría de los derechos fundamentales, creo que puede utilizarse en términos generales, sin perder de vista además que aquí estoy prestando atención a algunas de las teorías presentes en Europa desde mediados del siglo XX, como aquellas que explican el caso alemán, español o italiano que, dicho sea de paso, sí desarrollan la idea de una dimensión objetiva de los derechos. Los derechos fundamentales tienen una doble dimensión²⁰⁰. En efecto, se trata de las dimensiones subjetiva y objetiva. La primera, esto es, la dimensión subjetiva de los derechos viene a decir que estos no son más que posiciones subjetivas. La segunda, es decir, la dimensión objetiva, en cambio, defiende que los derechos fundamentales son normas jurídicas. Como se acaba de decir, me interesa prestar atención a esta última idea, sin que sea necesario por tanto detenerme en los derechos subjetivos²⁰¹. La dimensión

¹⁹⁹ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 33.

²⁰⁰ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 436; M.C. BARRANCO AVILÉS, “Introducción”, a *Id.*, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., pp. 19-24, en especial p. 20; *Id.*, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 123; L.M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores...*, cit., p. 15; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 415; y L. PRIETO SANCHÍS, “Algunos problemas de la fundamentación de los derechos humanos”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 68.

²⁰¹ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 151-218.

objetiva de los derechos fundamentales es una construcción del Tribunal Federal Alemán. Tiene su antecedente en la resolución del caso *Liith* de 1958²⁰². En efecto, como reseña Cruz: “[e]n [esa] sentencia el Tribunal Constitucional Federal alemán parte de la tradicional teoría liberal que entiende los derechos fundamentales destinados en primer lugar a <asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las injerencias del poder público; son derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado>. Sin embargo, junto a esto, la Ley Fundamental no pretende ser, a juicio del Tribunal [...] ningún orden neutral de valores; en sus artículos sobre derechos fundamentales ha erigido un orden objetivo de valores que se manifiesta en un refuerzo fundamental de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana desarrollada libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad, debe ser válido como fundamento jurídico-constitucional para todas las áreas del Derecho; la legislación, la administración y la judicatura reciben de él pautas e impulsos”²⁰³. Este es el efecto irradiación de los derechos fundamentales²⁰⁴.

Esta irradiación, conforme a la teoría de Alexy, tiene a su vez tres efectos²⁰⁵. El primero es la limitación de los contenidos del Derecho. El segundo efecto, por su parte, tiene que ver con la determinación de estos contenidos. Y el tercero, dice Alexy, es que el Derecho es un sistema abierto frente a la moral. A ello me referiré más adelante. Aquí creo que conviene apuntar que, a mi modo de ver, lo que se quiere decir con el efecto irradiación es, por una parte, que los derechos deben ser tenidos en cuenta por todo órgano creador y aplicador de Derecho. Y, en consecuencia, “que deben hacerse valer con independencia de que existan posiciones subjetivas concretas en juego”²⁰⁶. Y por otra, que los derechos no sólo están presentes en las relaciones entre el Estado y la persona, sino además que tienen eficacia en las relaciones entre particulares. O, lo que es lo mismo, “las normas de [derecho] fundamental influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto entre terceros o un efecto horizontal”²⁰⁷. Está fuera de

²⁰² R. ALEXY, “Introducción”, a *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 5-9, en especial p. 7; A.J. ESTRADA, “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 121-157, en especial pp. 124-126; y A. LÓPEZ PINA, “Estudio Preliminar”, a D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., pp. 9-26, en especial pp. 11 y 12.

²⁰³ L.M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores...*, cit., pp. 14 y 15.

²⁰⁴ R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 31-47, en especial p. 34.

²⁰⁵ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 481-483.

²⁰⁶ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 193.

²⁰⁷ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 468.

discusión, como señala Barranco, que existe cierto acuerdo en el sentido de que: “[l]os derechos fundamentales son expresión de un orden de valores que irradia sobre todo el [o]rdenamiento y el Tribunal [C]onstitucional se convierte en el garante máximo de la realización de los derechos”²⁰⁸. Pero precisamente por ello, no creo que la irradiación de los derechos fundamentales cobre relevancia sino hasta el momento de la interpretación. Así, como dice Prieto, qué duda cabe de que “ya conocemos el énfasis con que el Tribunal Constitucional [español] viene defendiendo esa dimensión objetiva de los derechos fundamentales como sistema de valores que proporciona <contenidos básicos> al conjunto del ordenamiento, como filosofía política que subyace al modelo de Estado social y democrático de Derecho y que, por tanto, ha de informar todo el sistema jurídico. En particular, esta oposición se traduce en el imperativo de interpretar cualquier norma o negocio jurídico del modo más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales y ello en todo orden jurisdiccional”²⁰⁹.

A la interpretación jurídica me referiré en el capítulo sexto. Aquí, en cambio, me interesa advertir que sólo es posible hablar de la irradiación de los derechos, a partir del reconocimiento de una dimensión objetiva. Y así, desde esta dimensión como decía los derechos fundamentales se presentan como Derecho y, en concreto, como normas jurídicas. Para Peces-Barba, por ejemplo, “los derechos fundamentales pasan a ser un subsistema dentro del sistema jurídico, conjunto de normas organizado en ordenamiento jurídico”²¹⁰. No es necesario detenerme en la idea de sistema jurídico. Porque a ella me referiré en el capítulo siguiente. Aquí, prefiero insistir en que, como se acaba de decir, desde la dimensión objetiva los derechos se presentan como Derecho. Pero no sólo ellos. Pues, como advierte Barranco: “[d]esde el punto de vista objetivo, los derechos se nos presentan con distintos aspectos que llevan a hablar de principios, valores e instituciones. Es precisamente a partir de la introducción de estas categorías cuando se hace posible hablar de una función objetiva”²¹¹. Creo que lo que se quiere decir es que los valores y principios, así como los derechos fundamentales, participan de la dimensión objetiva. Y, por tanto, son Derecho y, en concreto, normas jurídicas. Pero si esto es así, sospecho que el neoconstitucionalismo no tiene razón cuando dice que el positivismo jurídico es

²⁰⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 133.

²⁰⁹ L. PRIETO SANCHÍS, “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 211.

²¹⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 353.

²¹¹ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Introducción”, a *Id.*, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 21.

insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional. Porque los contenidos materiales incorporados en la Constitución no son moral como piensan algunas teorías neoconstitucionalistas, sino Derecho. Y, de este modo, no se vulneran las tesis de las fuentes sociales ni de la separación conceptual entre Derecho y moral. Esta es una tesis que desarrollaré al final de este capítulo. Pero, por otro lado, pienso que este argumento del neoconstitucionalismo pierde fuerza, porque me parece que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es una novedad del Derecho del Estado constitucional. A partir de estas ideas, defenderé en el tercer y último apartado del presente capítulo la teoría de Hart, frente a la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, como una explicación adecuada del Derecho del Estado constitucional.

3. Positivismo jurídico hartiano y la incorporación en la Constitución de contenidos materiales

Estoy consciente de las dificultades para delimitar lo formal y lo material. Sin embargo, uso la etiqueta “contenidos materiales” para referirme como lo hace el neoconstitucionalismo a los valores, principios y derechos fundamentales presentes en la Constitución. Como se verá más adelante, cuando hable de la validez, esta etiqueta se usa también para distinguir entre criterios formales, esto es, órgano competente y procedimiento adecuado, y criterios materiales, que no son otra cosa más que estos contenidos, que según algunas teorías neoconstitucionalistas condicionan la validez de las normas jurídicas. Pero a estas ideas me referiré en el capítulo siguiente. Aquí, en cambio, conviene insistir en que el objeto de este capítulo es desarrollar uno de los argumentos de algunas teorías neoconstitucionalistas para defender que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional. Señalé que este argumento viene a decir que el positivismo es insuficiente por dos razones. La primera es que en la Constitución del Derecho del Estado constitucional, además de reglas, existen otros estándares como valores y principios que el positivismo, según el neoconstitucionalismo, no es capaz de explicar porque es una concepción del Derecho a partir de un modelo de reglas. Y la segunda razón es que si en el Derecho del Estado constitucional existe una relación necesaria entre Derecho y moral, como lo dicen algunas

teorías neoconstitucionalistas. O, lo que es lo mismo, si los contenidos materiales incorporados en la Constitución son moral, se vulneran algunas de las tesis características del positivismo jurídico, como lo son la de las fuentes sociales y la de la separación conceptual entre Derecho y moral.

Sospecho, sin embargo, que este argumento no es plausible. En el capítulo primero hablando de la crítica de Dworkin y de la respuesta de Hart, ya mostré que el positivismo jurídico hartiano no es una explicación del Derecho a partir de un modelo de reglas. Señalé que, siguiendo a Hart, en esta investigación se defiende la tesis de la distinción débil entre reglas y principios, que dicho sea de paso se desarrolló en el apartado anterior al hilo de la teoría de Prieto. Si esta tesis como creo es verdadera, no alcanzo a ver por qué, como lo dice el neoconstitucionalismo, el positivismo jurídico hartiano tendría algún problema para explicar la incorporación en la Constitución de estándares como valores, principios y derechos fundamentales. Y es que además, por otro lado, me inclino a pensar que el neoconstitucionalismo no tiene razón cuando dice que uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es la incorporación de estos contenidos. Lo que quiero decir es que tengo la impresión de que no es una novedad de este modelo de sistema jurídico. Pues como se vio, por ejemplo, en el primer apartado al hilo de la teoría de Fioravanti, sí es posible hablar de contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX.

Como se acaba de decir, ya avancé sobre esta tesis. Creo, sin embargo, que está justificado referirme en lo que sigue a algunos aspectos de la “historia” de los derechos, porque me interesa mostrar que existen buenas razones para sostener que no es del todo cierto, como lo dice el neoconstitucionalismo, que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales es una novedad en Europa a partir de mediados del siglo pasado. Digo que está justificado, porque si esta idea es falsa, creo que podré concluir que el neoconstitucionalismo pierde fuerza. Recuérdese que este se presenta como un conjunto de teorías que pretenden explicar un fenómeno “nuevo” (la incorporación de contenidos materiales) frente a un planteamiento sobre el Derecho (el positivismo jurídico) que ante esta “novedad” se vio insuficiente. Lo que quiero decir es que, si el positivismo jurídico ya explicaba contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX, sería difícil sostener la necesidad de una nueva comprensión de la Teoría del Derecho: el neoconstitucionalismo.

3.1. Los contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX: los modelos inglés, americano y francés

No estoy seguro de que en todos los sistemas jurídicos haya contenidos materiales. Pero como se acaba de decir, tengo la impresión de que sí es posible hablar de ellos antes de la segunda mitad del siglo XX. Incluso, creo que existe cierto consenso sobre la idea de que los valores, principios y derechos fundamentales ya estaban presentes no sólo en la Constitución, sino en el Derecho en general²¹² antes del final de la Segunda Guerra Mundial, como dicho sea de paso lo han reconocido algunas teorías neoconstitucionalistas²¹³. En concreto, me referiré a tres momentos históricos que convengo en denominar modelo inglés, americano y francés. Estimo pertinente referirme a estos modelos, si no perdemos de vista que, por ejemplo, se ha dicho que en ellos ya es posible hablar de valores²¹⁴ o bien, de derechos fundamentales²¹⁵.

De hecho, se ha señalado, por una parte, respecto del modelo inglés que: “[e]n los siglos XVI y XVII se sitúa el origen histórico moderno de los derechos fundamentales”²¹⁶. Y por otra, hablando de los modelos americano y francés, que: “[e]l siglo XVIII, el siglo de las luces, es el tiempo de los derechos, el momento de maduración del concepto de derechos humanos, aunque todavía no se presentará en toda su complejidad, en la plenitud de todos sus perfiles”²¹⁷. O, lo que es lo mismo, se apunta que: “[l]os derechos fundamentales son un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII”²¹⁸.

²¹² L. PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 136.

²¹³ A. RÓDENAS, “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 26, 1989, pp. 5-74, en especial p. 13.

²¹⁴ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 99.

²¹⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción General”, a VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1987, p. 13; e *Id et al*, “Estudio Preliminar”, a *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 15-23, en especial p. 17.

²¹⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Segunda Parte: Los derechos fundamentales en los siglos XVI y XVII”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 41-46, en especial p. 41.

²¹⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y J. DORADO PORRAS, “Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo II: Siglo XVIII: Volumen I: El contexto social y cultural de los derechos: Los rasgos generales de evolución*, dirección de G. Peces-Barba Martínez *et al*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 7-219, en especial p. 7.

²¹⁸ D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 77.

Entiendo por modelo inglés una serie de documentos presentes en Inglaterra en el período comprendido entre los siglos XIII a XVII²¹⁹. Es cierto, como dice Ferrajoli, que: “[e]n Inglaterra no existe una [C]onstitución [pero no lo es menos que] los derechos fundamentales se remontan a la *Magna Charta* de 1215 y al *Bill of Rights* de 1689, que tienen, como mucho, el valor de leyes ordinarias”²²⁰. Efectivamente, el primero de los documentos que comprende el modelo inglés es, como se acaba de señalar, la *Magna Charta* de 1215. Esta fue otorgada por el rey Juan sin Tierra a los barones ingleses. De hecho, “la [*Magna Charta*] es el fruto del reconocimiento por parte del [r]ey Juan sin Tierra de las pretensiones de un grupo de veinticinco barones que habían jurado no prestarle obediencia hasta que aquél no admitiera determinadas libertades. La postura de los barones era fruto de la irritación que les había provocado la ineptitud e indecisión del [r]ey en las acciones bélicas que pretendía emprender contra Francia, junto a las continuas exigencias de dinero para sufragar sus gastos de guerra. Tras un complicado proceso, el [r]ey cede ante las demandas de los barones y firma un documento, estampando su sello, que aunque posteriormente fue objeto de diversas modificaciones, llevará la fecha de 12 de junio de 1215”²²¹. En este texto se estableció, entre otras cuestiones²²², la idea del *due process of law*²²³. En efecto, en la cláusula 39 de este texto se decía que: “[n]ingún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posesión de cualquier otra forma, ni Nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales y por la ley del país”²²⁴.

²¹⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 112 y 114.

²²⁰ L. FERRAJOLI, “Los fundamentos de los derechos fundamentales” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez et al, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 287-381, en especial p. 321 (L. FERRAJOLI, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, núm. XVI-3, 2000, pp. 41-113). En contra de la idea de que en Inglaterra no es posible hablar de Constitución, véase H. HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 178, que llama nuestra atención sobre el *Instrument of Government* de 1653. En contra de la idea de que en el contenido la *Magna Charta* se reflejan derechos, véase J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XI: Los derechos en la Revolución inglesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo I: Tránsito a la modernidad: Siglos XVI y XVII*, dirección de G. Peces-Barba Martínez y E. Fernández García, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 745-796, en especial p. 749.

²²¹ J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XI: Los derechos en la Revolución inglesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 758.

²²² Ídem., p. 760.

²²³ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 53.

²²⁴ La cita se toma de VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 31. Este texto también se puede consultar en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., p. 35.

Otro documento del modelo inglés es, por ejemplo, la *Petition of Right*. En relación con este texto, no debe perderse de vista que “Carlos I continúa la tarea emprendida por su antecesor [Jacobo I] consistente en ir derribando progresivamente los obstáculos constitucionales que se oponían al ejercicio ilimitado de su poder. Y en este contexto debe entenderse el significado del gran jalón en la historia de los derechos en el siglo XVII inglés durante el reinado de Carlos I: la *Petición de Derechos* de 1628, que es el más importante símbolo de la resistencia del Parlamento encabezado por Coke, frente a este [rey]”²²⁵. En efecto, “será en 1628, durante la reunión del tercer Parlamento bajo el reinado de Carlos I, cuando se tome conciencia definitiva de lo insostenible de la situación y se solicite al monarca, por parte de los miembros de aquél, una reparación de los agravios causados por la Corona. Será éste, pues, el origen de la petición dirigida por el Parlamento a la Corona en un texto que ha pasado a la historia con el nombre de *Petition of Right*”²²⁶.

Otro texto de este modelo es el *Habeas Corpus Act*, de 1679²²⁷. Esta, como nos recuerda N. Matteuci, “establece un riguroso procedimiento para hacer públicas las órdenes de arresto; establece un tiempo límite para los interrogatorios; hace más difícil la posibilidad de errores por parte de los jueces y carceleros al interpretar sus propias funciones, y prohíbe el traslado de los prisioneros a territorios de ultramar. Y, no es lo menos importante, impide arrestos arbitrarios basados en ofensas políticas”²²⁸. Como ya se dijo, entre los documentos del modelo inglés se encuentra, por otro lado, el *Bill of Rights*, de 1689²²⁹. D. Grimm, por ejemplo, advierte que no debemos perder de vista que “en el curso de la lucha contra las aspiraciones absolutistas de los Estuardo también se consiguieron solemnes confirmaciones de los derechos de libertad en documentos jurídicos especiales, primero en la [ya mencionada] *Petition of Right* de 1628, después en

²²⁵ J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XI: Los derechos en la Revolución inglesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 775.

²²⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Petition of Right (1628)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 56-60, en especial p. 57.

²²⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Habeas Corpus Act (1679)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 80-86.

²²⁸ N. MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno* (1988), trad. de F.J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Trotta-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, p. 117 (N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, UTET Libreria, 1988).

²²⁹ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 137 y 138; N. MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, cit., p. 144; y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Bill of Rights (1689)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 86-91.

[el] *Bill of Rights* de 1689, que apuntala el resultado de la revolución”²³⁰. El contenido de este último texto, por otro lado, “se puede resumir en algunos principios básicos, como el sometimiento del [r]ey a la ley, la seguridad del individuo en su persona y en sus bienes, las garantías procesales y algunas dimensiones de la libertad política”²³¹.

Como decía, presté atención al modelo inglés porque, a diferencia de lo sostenido por algunas teorías neoconstitucionalistas, sospecho que sí es posible hablar de contenidos materiales antes de mediados del siglo XX. En concreto, en los documentos ingleses hasta aquí referidos²³². Así, por ejemplo, creo que tiene razón Jellinek cuando, hablando de los últimos textos citados, afirma que, aunque “la *Petition of Right* (1628) y [...] el *Bill of Rights* (1689) [...] responden a una antigua concepción del [D]erecho y contienen, sin diferenciarlos, principios de [D]erecho objetivo y fijación de derechos subjetivos, son, sin embargo, los primeros intentos de codificación de los derechos públicos del individuo”²³³. Si ya es posible hablar de derechos fundamentales antes de mediados del siglo XX en estos textos ingleses, creo que también puede defenderse que el modelo americano conoció contenidos materiales.

Recuérdese que, a mi modo de ver, este repaso de algunos aspectos de la “historia” de los derechos es pertinente. Porque como decía es importante mostrar en este trabajo que existen buenas razones para sostener que no es del todo cierto, como lo afirma el neoconstitucionalismo, que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales es una novedad en Europa a partir de mediados del siglo pasado. Pues si el positivismo jurídico ya explicaba contenidos materiales antes de este momento histórico, veo difícil sostener la necesidad de una nueva comprensión de la Teoría del Derecho. El modelo inglés, por otro lado, como se acaba de señalar conoció cierta idea de los derechos desde el siglo XIII. Pero como se verá, los derechos son una idea propia de la modernidad que tiene su origen en las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII. Si esto es así, está justificado referirme en lo que sigue a los modelos americano y francés.

²³⁰ D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 87.

²³¹ J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XI: Los derechos en la Revolución inglesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 789.

²³² En contra, véase C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 182.

²³³ G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, cit., p. 382.

Lo que llamo modelo americano²³⁴ no es otra cosa más que las declaraciones de derechos y Constituciones²³⁵ de las colonias inglesas asentadas en América, así como la Declaración de Independencia, la Constitución Federal de 1787 y sus Enmiendas. Defenderé como decía que en esos textos es posible hablar de derechos fundamentales²³⁶. En el siglo XVII, estas colonias emitieron algunos textos. Me refiero, por ejemplo, al *Massachusetts Body of Liberties*, de 1641²³⁷, *Maryland Toleration Act*, de 1649²³⁸, *Fundamental Constitutions of Carolina*, de 1669²³⁹ o bien, *The Concessions and Agreements of the Proprietors, Freeholders and Inhabitants of the Province of West Jersey*, de 1677²⁴⁰. En el siglo XVIII, también es posible citar algunos textos americanos como la Carta de Privilegios de Pennsylvania, de 1701²⁴¹, y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776²⁴², que luego formó parte de la *Constitution or Form of Government*²⁴³. Esta Declaración, en la cláusula I, viene a decir: “[q]ue todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no se pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”²⁴⁴. Digo que en estos textos es posible hablar de contenidos materiales, pues qué duda cabe de que, como apuntan R. de Asís y F.J. Ansuátegui: “[e]l

²³⁴ R. de ASÍS ROIG y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XII: Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 797-852, en especial pp. 811 y 812.

²³⁵ D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 88.

²³⁶ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 285.

²³⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Cuerpo de Libertades de Massachussets (1641)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 60-68; y VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 66.

²³⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Maryland Toleration Act (1649)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 68-71; y VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 73.

²³⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Normas Fundamentales de Carolina (1669)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 71-76; y VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 75.

²⁴⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Concesiones y Acuerdos de West New Jersey (1677)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 76-80; y VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 80.

²⁴¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Carta de Privilegios de Pennsylvania (1701)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 94-97; y VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 99.

²⁴² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 97-101.

²⁴³ D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 112.

²⁴⁴ La cita se toma de VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., pp. 101 y 102. Este texto también se puede consultar en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., p. 99.

catálogo de derechos que aparecen en los textos de las colonias se identifica con los propios de la época, esto es, los llamados individuales y civiles, y también los políticos. Así destaca el reconocimiento de cierta forma de libertad de conciencia, del derecho de propiedad, de la libertad de crítica, de la igualdad formal, del valor de la participación y de ciertas garantías procesales²⁴⁵.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776²⁴⁶, por su parte, en el párrafo segundo establece: “[s]ostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad”²⁴⁷. Un texto posterior es la Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware, de 1776²⁴⁸. Existe, por otro lado, cierto consenso²⁴⁹ sobre las ideas de que, por una parte, la Constitución Federal de 1787²⁵⁰ no contuvo una declaración de derechos. Y por otra, que esta sí estuvo

²⁴⁵ R. de ASÍS ROIG y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XII: Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 847.

²⁴⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 101-103.

²⁴⁷ La cita se toma de VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 107. Este texto también se puede consultar en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., p. 102.

²⁴⁸ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 103-106; y VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 109.

²⁴⁹ B. BADER ALDAVE, “Las tendencias del Derecho constitucional en Estados Unidos”, trad. de I. de la Garza Santos, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 11-30, en especial pp. 14 y 15; A.B. BIANCHI, “Una investigación sobre la influencia de William Blackstone en los orígenes de la libertad de expresión”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 311-342, en especial pp. 330 y 331; M. CARBONELL, “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 371-395, en especial p. 374 (M. CARBONELL, “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, este trabajo fue preparado para el libro homenaje a Pablo Lucas Verdú, en curso de publicación; de distinta forma, se encuentra también en *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho*, 3ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2000, capítulos IX y X); N. MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad...*, cit., p. 167; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y J. DORADO PORRAS, “Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., pp. 126 y 127; y C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 182.

²⁵⁰ A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, trad. de L.R. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 7ª reimp., México, 1994, pp. 29-383,

presente en las diez primeras Enmiendas. Peces-Barba, por ejemplo, explica que: “[l]a Constitución de los Estados Unidos de Norte América carece de una tabla de derechos porque su finalidad principal es la de dar sentido jurídico y organizar las relaciones entre la Unión y los Estados”²⁵¹. Hamilton, sin embargo, nos hace ver que la Constitución Federal sí incorporó algunos derechos. En respuesta a una objeción formulada a la Convención, en el sentido de que la Constitución no contenía una declaración de derechos, Hamilton sostiene que en esta sí es posible encontrar “varias cláusulas a favor de determinados privilegios y derechos, que equivalen sustancialmente”²⁵² a una enumeración de los derechos del hombre. Se refiere, por ejemplo, al efecto de la sentencia por delitos oficiales (artículo I, tercera sección, cláusula 7), la prohibición de la suspensión del privilegio del recurso de *habeas corpus* (artículo I, novena sección, cláusula 2), la prohibición de aplicar decretos que impongan proscripción o leyes *ex post facto* (artículo I, novena sección, cláusula 3) así como, entre otras, las prohibiciones de expedir títulos de nobleza o bien, de aceptar sin consentimiento del Congreso regalos, emolumentos, puestos o títulos de cualquier clase que sea, procedentes de reyes, príncipes o Estados extranjeros (artículo I, novena sección, cláusula 8). Hamilton, sin embargo, no cree que sea necesaria la inclusión de una declaración de derechos en la Constitución e, incluso, la califica de “peligrosa”. Pues, en sus palabras, “una minuciosa enumeración de derechos particulares resulta ciertamente mucho menos oportuna en una [C]onstitución como la que estudiamos, que sólo pretende regular los intereses políticos generales de la nación, que en una [C]onstitución que debe regular toda clase de asuntos privados y personales. Por lo tanto, si están bien fundados los clamores que se dejan oír por este motivo contra el plan de la [C]onvención, no habrá epítetos demasiado fuertes para reprobear la [C]onstitución de este Estado [se refiere a Nueva York] Pero lo cierto es que ambas contienen, en relación con sus fines, todo lo que es razonable desear [...] [Hamilton va] más lejos y [afirma] que las declaraciones de derechos, en el sentido y con la amplitud que se pretenden, no sólo son innecesarias en la [C]onstitución proyectada, sino que resultarían hasta peligrosas. Contendrían varias excepciones a poderes no

en especial pp. 163-174 (A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Paris, Charles Gosselin, 1835, 2 v.).

²⁵¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Bill of Rights: Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América y diez primeras Enmiendas (1791)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 110-112, en especial p. 110.

²⁵² A. HAMILTON, “El Federalista, LXXXIV”, en *Id et al*, *El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 365-373, en especial p. 366 (A. HAMILTON *et al*, *The Federalist: A Commentary on the Constitution of the United States*, 1780).

concedidos y por ello mismo proporcionarían un pretexto plausible para reclamar más facultades de las que otorgan”²⁵³.

Como ya se dijo, por otro lado, las diez primeras Enmiendas a la Constitución, aprobadas por los Estados el 15 de diciembre de 1791²⁵⁴, contuvieron una declaración de derechos. Me refiero, por ejemplo, a las libertades de religión, expresión y de reunión (Enmienda I)²⁵⁵, el derecho de poseer y portar armas (Enmienda II), la seguridad de la persona, domicilio, papeles y efectos (Enmienda IV)²⁵⁶, el *due process of law* (Enmienda V)²⁵⁷, otras garantías procesales (Enmiendas VI y VII), la prohibición de castigos crueles y desacostumbrados (Enmienda VIII)²⁵⁸, y la enumeración de estos derechos no debía entenderse como exclusión de otros (Enmienda IX)²⁵⁹. Entre 1865 y 1870, se aprobaron tres Enmiendas más a la Constitución de los Estados Unidos²⁶⁰. Estas se refieren a la proscripción de la esclavitud (Enmienda XIII), el *due process of law* (Enmienda XIV), y el derecho de voto sin discriminación (Enmienda XV).

No debe perderse de vista que el propósito de citar estos textos del modelo americano, así como los del modelo inglés, fue mostrar que, a diferencia de la postura de algunas teorías neoconstitucionalistas, creo que sí es posible defender la presencia de contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX. Incluso, hablando del modelo americano, por ejemplo, se ha dicho que: “[l]a historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra”²⁶¹. O quizás lo que es lo mismo, se ha apuntado que: “[e]n la forma moderna de entender el

²⁵³ Ídem., p. 368.

²⁵⁴ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 149 y 150; E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 54; y K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 174.

²⁵⁵ El texto se puede consultar en A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, cit., p. 174. El texto de las Enmiendas I a XXI se puede consultar en A. HAMILTON et al, *El Federalista*, cit., pp. 395-400.

²⁵⁶ El texto se puede consultar en A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, cit., p. 174.

²⁵⁷ El texto se puede consultar en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Bill of Rights: Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América y diez primeras Enmiendas (1791)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., p. 112; y A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, cit., pp. 174 y 175.

²⁵⁸ El texto se puede consultar en A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, cit., p. 175.

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Nuevas Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos: Enmiendas 13, 14 y 15 (1865-1870)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 156-159.

²⁶¹ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 182.

término, los derechos fundamentales son obra de la revolución americana”²⁶². Y es que como nos recuerda A. de Tocqueville: “[l]a suerte de los norteamericanos es singular: han tomado de la aristocracia de Inglaterra la idea de los derechos individuales y el gusto de las libertades locales, y han podido conservar lo uno y lo otro, por no haber tenido aristocracia que combatir”²⁶³. Lo que aquí estoy defendiendo es que en los textos americanos de los siglos XVII y XVIII es posible hablar de derechos fundamentales. No quiero decir, en cambio, que fueran efectivos. Así, estoy de acuerdo con Hart cuando advierte que: “[i]ncluso en América, cuando luego de la independencia las trece colonias sublevadas empezaron a diseñar [C]onstituciones, primero para sí mismas y luego para la Unión finalmente formada en 1789, sus esfuerzos se inspiraron en principios que se quedaban cortos frente a aquellos enunciados en la Declaración de Independencia de 1776. La esclavitud era aceptada en las [C]onstituciones de los [E]stados individuales y en la de la Unión, sin que se dieran intentos serios por demostrar cómo podía reconciliarse esto con la teoría de que todos los hombres son creados iguales y dotados igualmente con el derecho natural e inalienable a la libertad. Aun entre la población masculina, blanca y libre de América, fue muy lento el tránsito hacia derechos políticos completamente democráticos tras la independencia”²⁶⁴. Como decía, aquí no defiende la efectividad de los derechos en el modelo americano, sino únicamente su presencia en estos textos. Pero como ya se dijo, el inglés y el americano no son, sin embargo, los únicos modelos a los que me interesa prestar atención, pues también lo es el modelo francés.

Por modelo francés entiendo un conjunto de textos conformado, en primer lugar, por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789. Sin embargo, antes de avanzar sobre este documento creo que conviene prestar atención a una polémica suscitada a finales del siglo XIX y principios del XX, con motivo de su origen. Me refiero al debate entre G. Jellinek y E. Boutmy. Pues bien, Jellinek dice que la Declaración es uno de los acontecimientos de mayor importancia de la revolución francesa. Esto es así, para Jellinek, porque a partir de sus proposiciones generales se formó la idea de los derechos subjetivos públicos. En relación con estas proposiciones, por otro lado, en palabras de Jellinek: “[s]ea cual fuere la opinión que hoy se tenga sobre

²⁶² D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., p. 158.

²⁶³ A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América II” (1840), en *Id.*, *La democracia en América*, cit., pp. 385-645, en especial p. 620 (A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique. Seconde Partie*, Paris, Charles Gosselin, 1840, 2 v.).

²⁶⁴ H.L.A. HART, “Utilitarismo y derechos naturales” (1979), *Estudios de Filosofía y Derecho*, núm. 6, 2003, pp. 15-35, en especial p. 18.

la formulación de principios abstractos, vitales sólo mediante la expresión legislativa detallada, para la determinación de la situación jurídica del individuo en el Estado, el hecho de que el reconocimiento de tales principios se conexas históricamente con aquella primera Declaración de Derechos, hace ver como un problema importante de la historia constitucional el establecimiento del origen de la Declaración de Derechos francesa de 1789”²⁶⁵.

Este origen, dice Jellinek, ha sido explicado a partir del *Contrato Social* de Rousseau. En efecto, como reseña A. Posada: “[l]a opinión más difundida sobre el origen de la Declaración de Derechos de 1789 relaciona ésta con ciertos antecedentes históricos contenidos en la Magna Carta y en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos; y en cuanto al fondo de las doctrinas, busca la fuente de inspiración en el *Contrato Social*, de Rousseau. La tesis del profesor Jellinek se formula, tanto en su parte crítica como en la positiva, examinando y refutando la opinión indicada como más difundida entre los teóricos del [D]erecho político”²⁶⁶. Pues efectivamente, la primera tesis de Jellinek a la que aquí me interesa prestar atención es que el *Contrato Social* no es la fuente de la Declaración. Esto es así, según Jellinek, pues: “[e]l *contrat social* se resume en una sola cláusula, a saber: la enajenación de todos los derechos del individuo a la sociedad. El individuo no conserva para sí un átomo de derecho en cuanto entra en el Estado. Todo lo que le corresponde en materia de derechos lo recibe de la *volonté générale*, la única que determina sus límites, y que no debe ni puede ser restringida jurídicamente por ninguna fuerza”²⁶⁷.

Para Jellinek, como nos recuerda Posada, “la Declaración de Derechos pretende trazar entre el Estado y los individuos la línea de demarcación eterna que debe tener siempre a la vista el legislador, como límite que una vez, para siempre, le imponen “los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre”. Por lo tanto, los principios del *Contrato Social*, no sólo no son el antecedente de la Declaración de Derechos, sino que son absolutamente contrarios a toda declaración de derechos. Aquella Declaración más

²⁶⁵ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1895), trad. de A. Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 75-141, en especial p. 83 (G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, 1895).

²⁶⁶ A. POSADA, “Estudio Preliminar” (1907), a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. 37-73, en especial p. 44.

²⁶⁷ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 85.

bien se hizo en contradicción con el *Contrato Social*²⁶⁸. Efectivamente, en palabras de Jellinek: “[l]a Declaración de Derechos pretende trazar la línea de separación eterna entre el Estado y el individuo, línea que debe tener siempre el legislador ante su vista, como el límite que se le impone de una vez para todas por “los Derechos del Hombre, naturales, inalienables y sagrados””²⁶⁹. El *Contrato Social* no es para Jellinek el origen de la Declaración. Incluso, Jellinek afirma que sus principios son contrarios a toda declaración de derechos. Así, en sus palabras: “[l]a Declaración del 26 de agosto de 1789 está hecha en contradicción con el *contrat social*. Sin duda las ideas de esta obra han ejercido un cierto influjo sobre algunas fórmulas de esa Declaración. Pero el pensamiento mismo de la Declaración debe venir necesariamente de otra fuente”²⁷⁰.

Esta fuente, para Jellinek, no es otra más que el conjunto de las Constituciones de las colonias inglesas asentadas en América, y las declaraciones de derechos que contenían, que dice Jellinek fueron conocidas por la Asamblea Nacional. Las fuentes de la Declaración, según Jellinek, son “las Constituciones de los Estados particulares de la Unión, las cuales iban precedidas de Declaraciones de Derechos, con fuerza obligatoria para los representantes del pueblo”²⁷¹. En efecto, una segunda tesis de Jellinek es que: “[l]a Declaración de Derechos francesa está tomada en su conjunto de los *Bills of Right* o *Declarations of Rights*”²⁷². Lo interesante es que a partir de esta tesis podría afirmarse que el origen de la Declaración francesa es el constitucionalismo americano. En efecto, según Posada, “después de la labor del sabio alemán [Jellinek] ya no es posible negar el influjo directo, inmediato, inspirador de las *Declaraciones* americanas en la Declaración francesa. Pero [cree] que la tesis podría formularse en términos de mayor generalidad, señalando el influjo del movimiento constitucional americano sobre las Constituciones francesas, ya que al fin y al cabo las Declaraciones de derechos, jurídicamente consideradas, son una parte integrante del régimen constitucional, como lo demuestra el hecho de su incorporación a las Constituciones escritas, que son, sin duda, la expresión legislativa en que se condensa y que caracteriza el [D]erecho político contemporáneo”²⁷³.

²⁶⁸ A. POSADA, “Estudio Preliminar” (1907), a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 45.

²⁶⁹ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 87.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ *Ídem.*, p. 90.

²⁷² *Ídem.*, p. 92.

²⁷³ A. POSADA, “Estudio Preliminar” (1907), a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 50.

Boutmy, sin embargo, entró en polémica con Jellinek sobre estas ideas. En efecto, como nos recuerda Posada, “en el fascículo de julio de 1902 de los *Annales des Sciences Politiques*, de París, el sabio publicista [...] Boutmy, uno de los “especialistas” del [D]erecho constitucional más distinguidos que ha tenido Francia, director y fundador de la célebre *École Libre de Sciences Politiques*, dedicaba al libro del profesor alemán un largo estudio, en el cual se discutía, con gran elocuencia y extraordinario calor, la tesis que, con rigorismo de jurista, defendía el señor Jellinek en su trabajo”²⁷⁴. Objeción que, según Jellinek, “no obstante la cortesía de su forma, que tan favorablemente caracteriza la polémica francesa, no puede menos de calificarse de apasionada”²⁷⁵. Pues bien, en respuesta a la primera tesis de Jellinek, Boutmy sostiene que “la Declaración de Derechos no encuentra su origen en Rousseau más que en Locke, en los *Bills* de derechos americanos más que en la Declaración de Independencia, sino que es el resultado de una causa indivisible: el gran movimiento espiritual del siglo XVIII”²⁷⁶.

En efecto, como nos recuerda Carbonell, a diferencia de Jellinek: “[p]ara Boutmy la influencia no hay que encontrarla al otro lado del [A]tlántico, sino más bien [...] en la atmósfera general que se había desarrollado a partir de las obras de Locke, Montesquieu, Voltaire y Rousseau”²⁷⁷. Sobre la obra de este último, según advierte Posada, para Boutmy, a diferencia de Jellinek: “[l]a Declaración de Derechos no contradice el *Contrato Social*. La cláusula de éste, aparentemente anulatoria del individuo, no impide la posibilidad de una Declaración de Derechos”²⁷⁸. Jellinek, por su parte, como se sabe respondió a las objeciones de Boutmy. En efecto, como nos recuerda Posada: “[p]oco después de publicada la refutación de [...] Boutmy en los *Annales*, replicó el profesor Jellinek en un artículo sobre *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* desde la *Revue du Droit Public*, fundada y entonces dirigida por [...]

²⁷⁴ Ídem., p. 38.

²⁷⁵ G. JELLINEK, “Prólogo del autor a la segunda edición alemana” (1903), en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. 77-80, en especial p. 77.

²⁷⁶ E. BOUTMY, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek” (1902), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, pp. 123-150, en especial p. 127 (E. BOUTMY, “La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen et M. Jellinek”, *Annales des Sciences Politiques*, t. XVII, 1902, pp. 415-443). En contra, véase E. DOUMERGUE, “Los orígenes históricos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1904), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. 169-223, en especial pp. 210 y 211.

²⁷⁷ M. CARBONELL, “Estudio Introductorio: Jellinek y la Declaración francesa de 1789”, a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. 9-36, en especial p. 16.

²⁷⁸ A. POSADA, “Estudio Preliminar” (1907), a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 64.

Larnaude”²⁷⁹. En ese texto²⁸⁰, Jellinek dice que es necesario determinar el campo de la polémica. En sus palabras, “colocar la discusión en su verdadero terreno [...] Boutmy pretende haber resumido al comienzo de su disertación, las ideas centrales de [su] trabajo; y, sin embargo, en ese resumen ha olvidado un punto capital: la clave de [su] doctrina [...] [Jellinek ha] declarado, de una manera expresa, que no pretendía [ocuparse del] valor intrínseco de la Declaración de Derechos [...] [su] intención ha sido siempre tratar un punto especial, que, hasta aquí, se había dejado casi por completo en la sombra; cuál ha sido la influencia de la Declaración de los Derechos del hombre sobre la historia jurídica de los Estados europeos. Bajo el influjo de esta Declaración, y según su modelo, las Constituciones de los Estados del continente contienen la enumeración de los diferentes derechos públicos del individuo. Tal es el principio de este suceso considerable: el reconocimiento oficial de los derechos del hombre frente a los derechos del Estado”²⁸¹. En aquel texto, como decía Jellinek responde a algunas de las objeciones de Boutmy.

Como se vio, Boutmy señala que el origen de la Declaración de 1789 está en el espíritu filosófico de la Francia del siglo XVIII y, en concreto, entre otras obras, en la de Rousseau. Jellinek responde que: “[s]i ese punto de vista fuese exacto, ¿cómo admitir que no se haya oído hablar de Declaraciones de Derechos sino a partir de la Revolución de América? El *Contrato Social* de Rousseau se publicó en 1762, ¿cómo explicar que los franceses hayan esperado un cuarto de siglo para asimilarse esta doctrina, y para hacerla pasar, aunque no fuese más que como teoría y sobre el papel, en una lista de los diferentes derechos?”²⁸². Sobre esta postura de Boutmy, Jellinek agrega “que las ideas filosóficas del siglo XVIII, esas ideas que no fueron la obra exclusiva de Francia y a cuya expansión contribuyeron franceses, alemanes, ingleses e italianos, no habrían tenido por sí solas el poder de producir una Declaración de Derechos; era preciso, para eso, que ocurriese un acontecimiento histórico como el de la Revolución americana [...] Los franceses, pues, bajo el influjo de América, han erigido, en reglas de [D]erecho, los principios de libertad, y lo han hecho para toda Europa. Sin América, sin las Constituciones de sus diferentes Estados, quizá tendríamos una filosofía de la libertad, jamás una legislación tal de la

²⁷⁹ Ídem., p. 39.

²⁸⁰ G. JELLINEK, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: Respuesta del profesor Jellinek a M. Boutmy” (1902), en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. 143-157 (G. JELLINEK, “La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, París, t. XVIII, pp. 385-400).

²⁸¹ Ídem., pp. 143 y 144.

²⁸² Ídem., p. 145.

libertad”²⁸³. En su respuesta, Jellinek insiste en que el origen de la Declaración francesa de 1789 está en las declaraciones americanas. Argumenta que esto es así, pues como ya se dijo, Francia conoció la obra de América. En efecto, según Jellinek: “[I]o que importa sobre todo en la historia de las ideas republicanas, es que, veinte años antes de la Revolución, los franceses esclarecidos *habían leído, sea en el texto* (porque el conocimiento de la lengua inglesa estaba entonces muy extendido entre [los franceses]), *sea en una de las numerosas traducciones francesas, las Constituciones de los nuevos Estados Unidos*”²⁸⁴.

Jellinek, como se acaba de decir, ve el origen de la Declaración francesa en las declaraciones americanas y, en concreto, en la Declaración del Estado de Virginia. Haciendo notar, por otro lado, que en el período comprendido entre esta última y la Declaración francesa de 1789, se formularon otras declaraciones, como las contenidas en las Constituciones de los Estados de Pennsylvania (1776), Maryland (1776), Carolina del Norte (1776), Vermont (1777), Massachusetts (1780), y New Hampshire (1783). Jellinek elabora un cuadro comparativo entre las disposiciones de la Declaración francesa de 1789 y las de estas declaraciones americanas que, sin embargo, no es necesario reproducir. Este cuadro sirve para mostrar, según Jellinek, que: “[c]omparando la Declaración americana con la francesa, se advierte desde luego que ambas enuncian, con el mismo pathos, principios abstractos y, por ende, de diferentes sentidos ambiguos. Los franceses no sólo han adoptado las ideas americanas, sino que aceptaron la forma bajo la cual fueron aquéllas expresadas al otro lado del océano”²⁸⁵. Jellinek se refiere, por ejemplo, a su redacción en artículos. En efecto, en sus palabras, las declaraciones americanas “estaban en todas las manos cuando se redactaba la Declaración francesa: formular la conclusión de que han ejercido sobre ella un cierto influjo, es proceder como historiador [...] Sólo el hecho, e importa mucho ponerlo en claro, de que la Declaración francesa se redacte en una serie de artículos, a diferencia de la Declaración de Independencia, basta para darle un carácter jurídico completamente distinto, y revela muy bien que de donde procede es de las Declaraciones de los Estados particulares. Los franceses no se detienen a formular verdades evidentes por sí mismas (*self-evident*). Transforman en reglas de [D]erecho los principios que deben guiar al legislador. Ese carácter no se reconoce en parte alguna antes

²⁸³ Ídem., p. 146.

²⁸⁴ Ídem., p. 147.

²⁸⁵ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 105.

de las declaraciones americanas, ni aun en los *Bills of Rights* ingleses. Si los trabajos de la constituyente no se refieren expresamente a las declaraciones americanas, puede suponerse muy bien que es porque esos documentos eran tan conocidos, que se estimaban presentes en todos los espíritus”²⁸⁶.

La redacción en artículos no es, sin embargo, la única semejanza que Jellinek destaca entre la Declaración francesa y las declaraciones americanas. Otra clara similitud, según Jellinek, es: “[e]n un punto, sin embargo, y en verdad de los más esenciales, coinciden por completo americanos y franceses en la fijación de los límites precisos del poder del Estado. La significación jurídica de ambos documentos es absolutamente la misma. La limitación *legal* de aquellas esferas en que el Estado no debe penetrar, ha obtenido un valor universal y permanente”²⁸⁷. En definitiva, para Jellinek es posible sostener, incluso, “que los franceses, sin los *Bill of Rights*, jamás habrían proclamado una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”²⁸⁸. O, dicho brevemente, según Jellinek, “los principios de 1789 son en verdad los de 1776”²⁸⁹. Hasta aquí algunas similitudes entre la Declaración francesa y las declaraciones americanas. Hay, sin embargo, una diferencia importante. Efectivamente, en palabras de Jellinek: “[l]o que los americanos proclaman, como un patrimonio eterno de todos los pueblos libres, es lo que ya poseían. Por el contrario, los franceses quieren otorgar lo que no tienen todavía, las instituciones en relación con los principios generales. Tal es la diferencia más importante entre la Declaración de Derechos de los americanos y la de los franceses, pues, entre los primeros, las instituciones precedieron al reconocimiento solemne de los derechos de los individuos, mientras entre los segundos vienen después”²⁹⁰.

Pero cuál es, se pregunta Jellinek, el origen de estas declaraciones americanas. Para Jellinek, se trata de una fuente inglesa. En sus palabras: “[e]l *Bill of Right* de 1689, el *Habeas Corpus* de 1679, la *Petition of Right* de 1627, y, por fin, la *Magna Charta libertatum*, parecen ser los precursores indiscutibles del *Bill of Right* de Virginia”²⁹¹. Pero que esto sea así, advierte Jellinek, no significa que sean idénticas. Efectivamente, para

²⁸⁶ G. JELLINEK, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: Respuesta del profesor Jellinek a M. Boutmy” (1902), en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., pp. 148 y 149.

²⁸⁷ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 106.

²⁸⁸ *Ibidem*.

²⁸⁹ *Ídem.*, p. 135.

²⁹⁰ *Ídem.*, pp. 134 y 135.

²⁹¹ *Ídem.*, p. 107.

Jellinek: “[l]as leyes inglesas están muy lejos de querer reconocer los derechos generales del hombre; no tienen ni la fuerza ni la intención de limitar los factores legislativos, ni tampoco tratan de formular principios para una legislación del porvenir [...] Las Declaraciones americanas, por el contrario, contienen reglas que están por encima del legislador ordinario. Tanto en la Unión como en los Estados particulares hay órganos distintos para la legislación ordinaria y para la Constitución, y el juez vela porque el Poder legislativo ordinario no infrinja los límites de la Constitución: aquél debe negarse a aplicar una ley si la creyese contraria a los derechos fundamentales [...] Las Declaraciones americanas no son sólo [l]eyes formales de naturaleza superior, sino que son también la obra de un legislador superior. En Europa conocen las Constituciones, es verdad, procedimientos enderezados a dificultar las reformas de las mismas; pero esto no obstante, casi siempre es el mismo legislador quien decide sobre los cambios que hayan de efectuarse. La intervención judicial no existe ni aun en la confederación suiza, aunque allí, al igual que en los Estados Unidos, la [l]ey constitucional proceda de órganos distintos de los que elaboran las ordinarias”²⁹².

Boutmy, por su parte, no se pronunció sobre estas ideas. Pero estuvo de acuerdo con Jellinek en que la Declaración francesa y las declaraciones americanas estuvieron redactadas en términos similares. Esto es, a través de conceptos generales, expresándose de forma abstracta, como según reconoció era común en el siglo XVIII. Estuvo de acuerdo también en que el significado de la incorporación de las declaraciones de derechos no fue el mismo en las respectivas Constituciones. A diferencia *prima facie* de Jellinek, Boutmy ubica este distinto significado en la jurisdicción. En sus palabras: “[t]odas las Declaraciones de los Estados Unidos han sido concebidas de manera que pudieran ser invocadas ante los tribunales. Los americanos tenían la idea fija de que les servirían de base para más de un proceso ante la Corte Suprema de su Estado, y se preocuparon de preparar los argumentos jurídicos, los medios que el proceso podría exigir, y todo el contexto conlleva la señal de esa preocupación. Para los franceses, la Declaración no es sino una pieza de oratoria, los artículos se presentan vacíos, desarmados, o si acaso armados de su propia solemnidad, del imperio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal los invocará ni podrá fundamentar en ellos los considerandos de un juicio. Los

²⁹² Ídem., pp. 108 y 109.

franceses escriben para enseñar al mundo; los americanos, buscando la ventaja y la comodidad de sus conciudadanos redactaron los artículos de sus declaraciones”²⁹³.

Recuérdese que, para Jellinek, el origen de la Declaración francesa de 1789 no son las ideas del *Contrato Social* de Rousseau, sino las declaraciones americanas. Estas, ya se dijo también, según Jellinek, tuvieron su origen en textos ingleses. Pero no son idénticos. Esto último es así, por ejemplo, por el distinto tratamiento dado en América e Inglaterra a la libertad de conciencia. En efecto, para Jellinek, “el principio de la libertad religiosa alcanzó en América una consagración jurídico-constitucional, según límites más o menos amplios. Ese principio, que está íntimamente ligado al gran movimiento político-religioso de donde ha surgido la democracia americana, proviene de la convicción, según la cual, hay un derecho natural del hombre, y no un derecho otorgado al ciudadano, en lo de tener libertad de conciencia y libertad de pensamiento en materia religiosa, siendo tales libertades un derecho superior al Estado, que éste no puede violar. Este derecho, tanto tiempo desconocido, no es una “inheritance” ni una parte del patrimonio de nuestros mayores, como los derechos y libertades de la *Magna Charta* y de las otras leyes inglesas: no es el Estado, sino el Evangelio, quien lo proclama”²⁹⁴. La tercera tesis de Jellinek es que: “[l]a idea de consagrar legislativamente esos derechos naturales, inalienables e inviolables del individuo, no es de origen político, sino religioso. Lo que hasta aquí se ha recibido como una obra de la Revolución, es en realidad un fruto de la Reforma y de sus luchas”²⁹⁵. Esto no quiere decir, sin embargo, que el derecho originario a la libertad religiosa sea principalmente la fuente esencial de los derechos del hombre. Pues como dice Jellinek, “nunca [ha] afirmado tal cosa; no ya todos los derechos del hombre, sino tan sólo su *expresión legislativa* procede de la libertad religiosa, lo cual debería estar, sin embargo, fuera de duda”²⁹⁶. Creo, por otro lado, que Carbonell resume bien lo hasta aquí dicho. Señala, en efecto, que “Jellinek centra su exposición en lo siguiente: [...] La incompatibilidad entre las tesis del *Contrato Social* de Rousseau y las Declaraciones de derechos; [...] La influencia directa de las Constituciones de las 13 colonias norteamericanas sobre los contenidos de la Declaración de 1789, y [...] La concepción

²⁹³ E. BOUTMY, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek” (1902), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 131.

²⁹⁴ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 123.

²⁹⁵ Ídem., p. 125.

²⁹⁶ G. JELLINEK, “Prólogo del autor a la segunda edición alemana” (1903), en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 79.

de la libertad religiosa en las colonias de Estados Unidos como precedente de la consagración de derechos universales del hombre”²⁹⁷.

En relación con el debate entre Jellinek y Boutmy sobre el origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano creo que es posible decir lo siguiente. Es cierto, Jellinek ubicó el significado de la incorporación en que en el caso francés los derechos requerían desarrollo legislativo. En tanto que en el caso americano los derechos eran directamente aplicables, estando por encima del propio legislador. Explica además que esta situación obedecía a la idea de supremacía constitucional. Y es cierto también que Boutmy afirmó que la diferencia estaba en que mientras que en el caso americano era posible invocar los derechos ante los tribunales. No existía esta posibilidad en el caso francés. Pero lo interesante es tener claro que quizás aquí no hay polémica²⁹⁸. Sea que los distintos significados que se atribuyen a la incorporación estén en sede legislativa o constitucional (Jellinek) o bien, en sede jurisdiccional (Boutmy). Digo que quizás no hay polémica si concedemos que, como dice el neoconstitucionalismo y se vio en la teoría de Fioravanti en el primer apartado, antes de la segunda mitad del siglo XX, las Constituciones en Europa no fueron entendidas como normas jurídicas supremas y rígidas, sino como meras normas programáticas. Por ello, aún y cuando como se verá más adelante, la Declaración francesa de 1789 se incorporó a la Constitución de 1791, los derechos en ella contenidos requerían para su efectividad de un desarrollo legislativo, como dice Jellinek, y de forma previa a este desarrollo no era posible invocarlos ante los

²⁹⁷ M. CARBONELL, “Estudio introductorio: Jellinek y la Declaración francesa de 1789”, a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 14.

²⁹⁸ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 117, opina que no “debe considerarse irreductible la notoria polémica doctrinal suscitada entre Jellinek y Boutmy, en torno a los motivos inspiradores de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*”. Pérez Luño explica que esto es así, si admitimos que: “[a]mbas tesis pueden estimarse compatibles siempre que no se separe unilateralmente la historia de las ideas de la historia de las instituciones, ya que ésta fue quizás la causa motivadora de la polémica” (p. 118). En este sentido, A. POSADA, “Estudio Preliminar” (1907), a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cit., p. 71, señala que “resueltamente, la investigación rigorista, histórica, del sabio Jellinek, tiene un fundamento sólido: las tesis mantenidas no sólo entrañan la verdad en el respecto de la explicación del origen de las Declaraciones de Derechos; sino con relación al total régimen constitucional. Pero ya, al dar cuenta de la polémica [...] [con Boutmy, debe hacerse notar] la posibilidad de una conciliación de las opiniones de los dos escritores. Depende acaso la diferencia entre las conclusiones de la posición de cada uno, y aun [...] del criterio general, según el cual se concibe la historia, en la cual hay grandes corrientes apreciables sólo en una ojeada sintética, y corrientes íntimas, intensas, oscuras, que sólo el análisis descubre. La historia es todo eso...”. Posada, en fin, se pregunta sobre la polémica entre Jellinek y Boutmy: “¿no procederán [...] las diferencias, que al pronto parecen tan irreductibles, en las tesis de los dos escritores, de la diversidad de puntos de vista en que se colocan: de un lado, el del profesor alemán, el punto de vista particular de la génesis, histórica de la *idea* de la Declaración con su *forma legal*; y de otro, el del publicista francés, el punto de vista más amplio y general de la *evolución total* de la vida política, con la consideración de todos los influjos universales que en tal evolución se advierten?” (p. 72).

tribunales, como lo afirmó Boutmy. En cambio, desde finales del siglo XVIII, Estados Unidos conoció Constituciones que eran entendidas como normas jurídicas supremas y rígidas. Por ello, los derechos en ellas incorporados a través de las declaraciones estaban por encima del legislador ordinario (Jellinek), y era posible invocarlos ante los tribunales (Boutmy). Sin embargo, a la tesis de si Europa conoció Constituciones entendidas como normas jurídicas supremas y rígidas antes de mediados del siglo XX me referiré más adelante. Aquí como decía me interesó prestar atención al debate entre Jellinek y Boutmy en torno al origen de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a manera de preámbulo para referirme a continuación a este texto.

La Asamblea Nacional lo aprobó el 26 de agosto de 1789. El rey lo asumió el 5 de octubre. El artículo 1º de la Declaración, por su parte, establece que: “[l]os hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”²⁹⁹. El artículo 2º, por otro lado, señala que: “[l]a meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”³⁰⁰. Otros derechos previstos en la Declaración son, por ejemplo, el derecho de participación política (artículo 6º), algunas garantías procesales (artículos 7º, 8º y 9º), y la libertad de expresión (artículos 10 y 11). El artículo 16, finalmente, establece que: “[t]oda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”³⁰¹. Se ha dicho, hablando de este último precepto, que “la idea misma de constitucionalismo, entendida, en un sentido normativo, como sistema de vínculos y límites a los poderes públicos y privados en beneficio de los derechos de las personas [es una] acepción contenida, de modo embrionario, en el artículo 16 de la Declaración francesa de derechos de 1789”³⁰². A esta idea me referiré más adelante. Lo interesante aquí es no perder de vista que ese texto, como su nombre lo indica, es una declaración de derechos, pero “supone además la proclamación de una serie

²⁹⁹ La cita se toma de VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 113. El texto se puede consultar también en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al., “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 106-110, en especial p. 108.

³⁰⁰ La cita se toma de VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 113. El texto se puede consultar también en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al., “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., p. 108.

³⁰¹ La cita se toma de VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., p. 115. El texto se puede consultar también en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al., “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., p. 109.

³⁰² G. PISARELLO, “Globalización, constitucionalismo y derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 159-184, en especial p. 163.

de principios de organización de los poderes y de funcionamiento del sistema jurídico. Los principios de libertad, de igualdad, de mayorías, de sometimiento de los gobernantes a la [l]ey, de separación de poderes y de legalidad tributaria, están en el origen del constitucionalismo moderno y del Estado Parlamentario”³⁰³. La Declaración es un texto jurídico³⁰⁴ que, como se avanzó, fue incorporada a manera de Preámbulo a la Constitución de 1791.

La Constitución de 1793, por su parte, contuvo otra declaración de derechos³⁰⁵. Se trata de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 24 junio de 1793³⁰⁶. Schmitt nos recuerda, por otro lado, que: “[l]a Constitución de 1795 (Constitución directorial) contiene, sin embargo, el epígrafe de las declaraciones, no sólo de derechos, sino también de deberes del hombre y del ciudadano”³⁰⁷. A.E. Pérez Luño, por su parte, nos hace notar que: “[l]a Constitución de junio de 1814, promulgada por Luis XVIII, refleja la orientación conservadora que la monarquía restaurada borbónica tendía a dar a la vida política francesa. Sin embargo, [ese] texto posee notable interés, desde el punto de vista de la positivación, porque en él, por vez primera, las disposiciones referentes a los derechos fundamentales se hallan recogidas en el propio articulado constitucional”³⁰⁸. En la Constitución de 1848³⁰⁹, por otro lado, se ha sostenido que “los derechos fundamentales reciben un impulso importante [...] Junto a la tradición liberal individualista aparecen elementos solidarios y valores sociales, signo de la influencia socialista y del catolicismo social. La protección del trabajo y la instrucción como obligación del Estado [...] son signos de una función promocional que anuncia el Estado social, con el derecho a recibir prestaciones del Estado”³¹⁰.

³⁰³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y R. GARCÍA MANRIQUE, “Los textos de la revolución francesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo II: Siglo XVIII: Volumen III: El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*, dirección de G. Peces-Barba Martínez et al, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 121-394, en especial p. 213.

³⁰⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., p. 107; y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ y R. GARCÍA MANRIQUE, “Los textos de la revolución francesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales...*, cit., p. 218. En contra, véase G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., p. 52.

³⁰⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “La Constitución Francesa de 1793”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 112-116.

³⁰⁶ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, cit., pp. 145-148.

³⁰⁷ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 184.

³⁰⁸ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 119.

³⁰⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, “Los derechos en la Constitución Francesa de 1848”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, cit., pp. 144-149.

³¹⁰ VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., pp. 128 y 129.

En suma, respecto de los textos constitucionales de finales del siglo XVIII citados se ha dicho, por ejemplo, que “la principal novedad de las Cartas Políticas francesas, más allá de los intrincados mecanismos de articulación de la soberanía popular con los resabios de la monarquía, está dado por lo que podríamos llamar el constitucionalismo axiológico, esto es un régimen político no sólo basado en los derechos -como ocurría al otro lado del Atlántico- sino de uno que declamaba con grandilocuencia derechos en sus cartas políticas”³¹¹. Lo que se quiere decir, entonces, es que no sólo es posible defender la presencia en el Derecho de contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX³¹², sino también la incorporación de estos contenidos en las Constituciones. De hecho, como nos recuerda Peces-Barba, a partir del siglo XVIII, “los derechos se vincularán con la idea de Constitución, y desde entonces no se separarán de ella”³¹³. Además, a partir de este momento, como nos hace notar A.E. Pérez Luño, “se considerará que las [C]onstituciones [deben] contener, de una parte, una serie de reglas relativas a la organización de los poderes públicos y, de otra, unas disposiciones que proclamen los principios fundamentales que deben inspirar el funcionamiento de todos los órganos del Estado. Estas últimas venían enunciadas en las declaraciones de derechos que caracterizarán la propia naturaleza y fines del Estado”³¹⁴.

Como se acaba de decir, la Constitución Federal de 1787 por sí misma y a través de las Enmiendas, así como las Constituciones francesas de finales del siglo XVIII conocieron contenidos materiales. Estas, sin embargo, no fueron las únicas. Efectivamente, los contenidos materiales fueron incorporados en otros textos. Por

³¹¹ J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley...*, cit., p. 74.

³¹² Digo esto pues, por ejemplo, el *Código Civil Francés/Code Civil: Edición Bilingüe* (1804), trad. de A. Núñez Iglesias, coordinación de R. Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005, incorporó contenidos materiales. Esto es así, si se piensa en la obligación del tutor de administrar los bienes del menor como un buen padre de familia (artículo 450), como un buen padre de familia debía también comportarse el deudor de obligación de conservar la cosa (artículo 1137), la buena fe con la que deben cumplirse los contratos (artículo 1134), o la que debe observar el adquirente de inmueble para el caso de prescripción (artículo 2265) en fin, la ilicitud de la causa cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1133). De este modo creo que queda claro que el *Code* incorporó contenidos materiales. Por eso estoy de acuerdo con L. PRIETO SANCHÍS, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 87-145, en especial p. 91, cuando viene a decir que la “presencia de estándares morales ha sido una constante en toda experiencia jurídica: orden público, moral vigente, diligencia de un buen padre de familia, convivencia intolerable, penas crueles, etc.”.

³¹³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción al siglo XVIII”, en VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, cit., pp. 97 y 98, en especial p. 98.

³¹⁴ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 115.

ejemplo, la Constitución Política de la Monarquía Española, de 1812³¹⁵, la Constitución de Bélgica, de 1831³¹⁶, el Estatuto Albertino, de 1848³¹⁷, la Constitución prusiana, de 1850³¹⁸, la Constitución de la Nación Argentina, de 1853³¹⁹, la Constitución de la Monarquía Española, de 1869³²⁰, la Constitución de la Monarquía Española, de 1876³²¹, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 1917³²², la Constitución de la República Soviética Rusa, de 1918³²³, y la Constitución de Weimar, de 1919³²⁴.

Se podría objetar, por otro lado, que algunas teorías neoconstitucionalistas no niegan que estas Constituciones anteriores a la segunda mitad del siglo XX incorporaron contenidos materiales. Lo que vienen a decir, en cambio, es que antes de este momento histórico no es posible hablar de Constituciones entendidas como normas jurídicas supremas y rígidas. Así, por ejemplo, Alexy llama nuestra atención sobre el hecho de que en su opinión: “[e]n la República de Weimar abundaron los derechos fundamentales vigentes tan sólo como declaraciones programáticas que no gozaban de tutela judicial”³²⁵. La novedad estaría en la conjunción de dos elementos. Es decir, el neoconstitucionalismo vendría a defender que el Derecho del Estado constitucional se caracteriza, por una parte, por la presencia de una Constitución entendida como norma jurídica suprema y rígida. Y por otra, en la incorporación a este modelo de Constitución de contenidos materiales. No

³¹⁵ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Los derechos en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 125-134.

³¹⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Los derechos en la Constitución Belga de 1831”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 134-139.

³¹⁷ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “El Estatuto Albertino (1848)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 139-144.

³¹⁸ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, *cit.*, p. 185.

³¹⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Los derechos en la Constitución Argentina de 1853”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 149-156.

³²⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Los derechos en la Constitución de la Monarquía Española de 1869”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 160-168.

³²¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Los derechos en la Constitución de la Monarquía Española de 1876”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 168-173.

³²² M. CARBONELL, “El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, *cit.*, p. 158; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción al siglo XX”, en VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, *cit.*, pp. 151 y 152, en especial p. 151; *Id et al*, “Los derechos en la Constitución Mexicana (1917)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 177-196; y A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *cit.*, p. 122.

³²³ C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, *cit.*, pp. 185 y 186.

³²⁴ M. CARBONELL, “El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, *cit.*, p. 158; L.M. CRUZ, “Introducción”, a *Id.*, *La Constitución como orden de valores...*, *cit.*, p. 2; H. HELLER, *Teoría del Estado*, *cit.*, p. 325; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Introducción al siglo XX”, en VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, *cit.*, p. 151; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, “Los derechos en la Constitución de Weimar (1919)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 196-207; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *cit.*, p. 122; y C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, *cit.*, pp. 149 y 185.

³²⁵ R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, pp. 31-47, en especial p. 33.

estoy de acuerdo. Primero, porque como se mostró con los modelos inglés, americano y francés es posible hablar de contenidos materiales presentes en el Derecho e, incluso, en la Constitución antes de la segunda mitad del siglo XX. Y segundo, pues en mi opinión, ya desde finales del siglo XVIII es posible hablar de Constituciones que fueron entendidas como normas jurídicas supremas y rígidas. Digo esto pues qué duda cabe de que la Constitución Federal de 1787 reunió estas características³²⁶. Estas, como nos recuerda Jellinek, “constituirán más tarde las bases de las [C]onstituciones, y serán aceptadas en Europa por la Francia revolucionaria”³²⁷. En efecto, en el caso francés, Grimm señala que: “[c]uando en Francia [...] se produce la quiebra del poder hereditario, en el curso de la reconstrucción del Estado también se abre paso un concepto de [C]onstitución juridificado, formalizado y cargado de contenido”³²⁸. Pues no debe perderse de vista, continúa Grimm, que: “[l]a [C]onstitución en sentido normativo es un producto de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII que, tras de derribar el poder estatal monárquico, tradicional y autolegitimado, se hallaban ante la tarea de erigir un poder nuevo y legítimo”³²⁹. Y es que además, como dice Prieto, qué duda cabe de que “ninguna de estas características [Constituciones materiales y garantizadas] representa un hallazgo del constitucionalismo europeo de la segunda mitad del siglo XX. Ambas eran sobradamente conocidas, aunque tal vez se habían desarrollado en tradiciones diferentes. Las *Declaraciones* de derechos de la Francia de finales del siglo XVIII fueron todo un ejemplo de densidad material o sustantiva, pues nada menos que pretendían resumir el programa político del pueblo en marcha, de un nuevo titular de la soberanía dispuesto a transformar tanto la sociedad como las instituciones [...] Y por lo que se refiere a la garantía, tan sólo hay que recordar [...] la sentencia con que se inicia la historia del control de constitucionalidad de las leyes, la famosa *Marbury versus Madison*”³³⁰.

En este trabajo no me referiré a dicha sentencia. Aquí, en cambio, conviene avanzar que una de las conclusiones de este capítulo es que en mi opinión los contenidos materiales estuvieron presentes en el Derecho antes de la segunda mitad del siglo XX. A mi modo de ver, por una parte, las Constituciones anteriores a la segunda mitad del siglo

³²⁶ G. PALOMBELLA, *Filosofía del Derecho: Moderna y contemporánea* (1996), trad. J. Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999, p. 98; y A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, cit., p. 108.

³²⁷ G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, cit., p. 467.

³²⁸ D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, cit., pp. 112 y 113.

³²⁹ Ídem., p. 28.

³³⁰ L. PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 213-235, en especial p. 214.

XX sí conocieron estos contenidos. Y por otra, me parece difícil negar que algunos de estos textos fueron entendidos como normas jurídicas supremas y rígidas. Digo esto porque si admitimos la tesis de la distinción débil entre reglas y principios, la supremacía obedece a una cuestión de jerarquía. No, en cambio, por la diversa naturaleza de las normas. Y la rigidez, como traté de mostrar en el primer apartado, no es un asunto de todo o nada, sino algo graduable. Por tanto, a mi forma de ver las cosas no es verdad que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales sea una novedad del Derecho del Estado constitucional. Pero, por otro lado, debo reconocer que es innegable que este tipo de sistema jurídico incorpora contenidos materiales. Lo interesante es preguntarnos si, como dice el neoconstitucionalismo, los valores, principios y derechos fundamentales son moral. Digo que es interesante porque creo que de la respuesta que se dé dependerá la posibilidad de defender que el positivismo jurídico hartiano es capaz de explicar la incorporación de contenidos materiales en la Constitución del Derecho del Estado constitucional.

3.2.Los contenidos materiales son Derecho

Como se acaba de decir, a mi modo de ver la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es una novedad del Derecho del Estado constitucional. Señalé que, sin embargo, es innegable que este tipo de sistema jurídico incorpora valores, principios y derechos fundamentales. Recuérdese que el objeto de este capítulo ha sido desarrollar uno de los argumentos del neoconstitucionalismo para defender la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional. El positivismo, según algunas teorías neoconstitucionalistas, es una explicación del Derecho a partir de un modelo de reglas. Si en el Derecho del Estado constitucional es innegable la presencia de otros estándares. El neoconstitucionalismo viene a decir que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar este tipo de sistema jurídico. Pues bien, en el capítulo primero mostré que el positivismo jurídico hartiano no tiene problema alguno para explicar esos otros estándares. Esto es así, si defendemos como lo hacen Hart o Prieto, la tesis de la distinción débil entre reglas y principios. No obstante, el neoconstitucionalismo insistiría en la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional. Esto es así, pues como se ha reiterado, para algunas

teorías neoconstitucionalistas, los contenidos materiales incorporados en la Constitución son moral. De este modo, se vulneran algunas de las tesis características del positivismo jurídico, como lo son la de las fuentes sociales y la de la separación conceptual entre Derecho y moral. No estoy de acuerdo. Digo esto porque a mi forma de ver las cosas, los contenidos materiales incorporados en la Constitución no son moral, sino Derecho. Lo que quiero decir es que en mi opinión los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución del Derecho del Estado constitucional no son otra cosa más que normas jurídicas.

En el caso de los valores, por ejemplo, coincido con G. Peces-Barba cuando, hablando de la Constitución española de 1978, dice que “tanto los <valores superiores> como las diferentes referencias a principios que se hacen en la Constitución se sitúan en el ámbito de las normas”³³¹ jurídicas. Esto es así, continúa Peces-Barba, pues: “[d]e su situación dentro de la Constitución se desprende que estamos ante una auténtica norma jurídica”³³². Pues, como explica Parejo, los valores: “[u]na vez incorporados a la Constitución [...] adquieren la normatividad propia de ésta y la consecuente pretensión de validez”³³³. Y es que además, según Peces-Barba: “[c]on los valores superiores del artículo 1.1 y con los principios de organización y de interpretación, que como ellos, derivan de los valores, los derechos fundamentales, en esta función, son normas”³³⁴. Peces-Barba se refiere a la dimensión objetiva de los derechos que, dicho sea de paso, se mostró en el apartado anterior.

Aquí, me interesa insistir en que en mi opinión los derechos fundamentales son normas jurídicas. Zagrebelsky, por ejemplo, reconoce que: “[r]echazando [...] una fundamentación iusnaturalista de los derechos (lo que no implica desvalorizar la contribución del [D]erecho natural a las formulaciones constitucionales de los derechos), en el [D]erecho actual éstos adquieren valor jurídico positivo sólo con la Constitución”³³⁵. Es decir, los derechos fundamentales son normas jurídicas como lo reconocen, por

³³¹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores* (1984), Tecnos, 1ª reimp., Madrid, 1986, p. 36. En este sentido, véase F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho...*, cit., p. 231.

³³² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., p. 89.

³³³ L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, cit., p. 39.

³³⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ *et al*, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., pp. 418 y 419.

³³⁵ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil...*, cit., pp. 58 y 59.

ejemplo, Ferrajoli³³⁶ o Bernal Pulido³³⁷ e, incluso, hay autores como Prieto que los define no como otra cosa sino más que como “derechos constitucionales”³³⁸. Lo interesante es que si defendemos la tesis de la distinción débil entre reglas y principios. Es decir, si reconocemos la presencia en el Derecho de estándares diferentes de las reglas, pero argumentamos que entre ellos las diferencias son de grado. Y defendemos, por otro lado, como se acaba de decir que los contenidos materiales incorporados en la Constitución son Derecho. Creo que es posible concluir como ya señalé que los valores, principios y derechos fundamentales son normas jurídicas. Así, estoy de acuerdo con Ansuátegui cuando viene a decir que: “[e]n el [o]rdenamiento se integran otros componentes (principios, valores, definiciones), pero en términos generales todos ellos son reconducibles a una estructura normativa, a una estructura del deber ser”³³⁹. De este modo, una de las conclusiones de este capítulo es que, si admitimos que los valores, principios y derechos fundamentales son Derecho, es posible defender que no se vulneran las tesis de las fuentes sociales ni de la separación conceptual entre Derecho y moral. Lo primero, es decir, la tesis de las fuentes sociales subsiste porque los contenidos materiales son Derecho, no por su verdad o corrección moral, sino por un acto de voluntad del poder constituyente que los incorpora en la Constitución. Es decir, los valores, principios y derechos fundamentales, como el Derecho, son un producto humano. Esto y no otra cosa es lo que defiende la tesis.

Se podría objetar que el neoconstitucionalismo no niega que los contenidos materiales incorporados en la Constitución son Derecho. Lo que dice, en cambio, es que remiten a la moral. Esta objeción, sin embargo, no es plausible. Pues como ya lo mostré en el capítulo anterior, la explicación de Raz sobre las “reglas de conflicto” funciona para dar cuenta de la remisión que una norma jurídica, llámese valor, principio o derecho fundamental, hiciera a la moral. Siendo además indistinto si esta remisión fuera a la moral

³³⁶ L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 37-72, en especial p. 49 (L. FERRAJOLI, “Diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, núm. XIV/2, 1998) (Este texto se publicó además como L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 19-56).

³³⁷ C. BERNAL PULIDO, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 289-325, en especial p. 304.

³³⁸ L. PRIETO SANCHÍS, “Consecuencias de la constitucionalización de los derechos”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 120; e *Id.*, “Los derechos fundamentales en el sistema español”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 97 y 103.

³³⁹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 3.

social³⁴⁰ o bien, a la moral objetiva. La moral social no representa problema alguno para una teoría positivista, porque este tipo de moral está basado en fuentes. Si se concede que esto es así, entonces es claro que, como reseña García Figueroa, en el neoconstitucionalismo a “la moral a la que se hace referencia es la moral crítica o esclarecida, la moral correcta (ética propiamente). Responder que se han incorporado valores vigentes en una determinada sociedad, es decir, que la Constitución es el reflejo de la moral social o positiva (*mores*) privaría de virtualidad a esta crítica al positivismo. Uno de los elementos fundamentales del positivismo jurídico es la tesis de las fuentes sociales. Según la tesis de las fuentes sociales, el [D]erecho tiene su origen en prácticas sociales. Esta tesis es compatible con la vinculación del [D]erecho a la moral positiva o moral social”³⁴¹. Sin embargo, como decía, aún si la remisión fuera a la moral objetiva una teoría positivista no tendría problema alguno. Por una parte, porque como ya apunté creo que tiene razón Raz cuando explica el papel de la moral objetiva en el Derecho a través de su tesis de las reglas de conflicto. Y por otra, como se vio considero que Waldron acierta cuando nos dice que ya sea que hablemos de moral social o bien, de moral objetiva, en última instancia, lo que prevalece como Derecho es la decisión del juez. No quiero, sin embargo, dejar de reiterar aquí mis serias dudas sobre la moral objetiva³⁴². Coincido con Barranco, por ejemplo, cuando dice que “los derechos constituyen una fórmula de la moralidad social, pero no tienen por qué coincidir con la moralidad esclarecida, por lo que para evitar su imposición es mejor seguir manteniendo que no existe una vinculación necesaria entre el Derecho y la moral correcta tampoco en un sistema en el que se reconozcan los derechos fundamentales”³⁴³. Pero insisto en que tengo serias dudas sobre la moral objetiva, porque como he reiterado en esta investigación, siguiendo a Hart, si los hechos morales objetivos no existen, qué duda cabe de que el juez ejerce discreción y crea Derecho.

En relación con la segunda tesis, es decir, la de la separación conceptual entre Derecho y moral, quizás lo primero que convenga advertir es que puede admitirse que antes de la incorporación en la Constitución, los contenidos materiales son moral, política

³⁴⁰ H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho: Fundamentos del Derecho* (1964), trad. de E. Gimbernat Ordeig, Euros-B. de F., 2ª ed., Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 187 y 188; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores*, cit., p. 42; y L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 68.

³⁴¹ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., pp. 65 y 66.

³⁴² H. HELLER, *Teoría del Estado*, cit., p. 251. En favor de la moral objetiva, véase M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Presentación”, a *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, cit., p. XII.

³⁴³ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 407.

o sociología³⁴⁴. Pero después de su incorporación, los valores, principios y derechos fundamentales no son otra cosa más que Derecho. Qué duda cabe de que, como señala Barranco, “los derechos humanos aparecen como Derecho cuando son asumidos por normas jurídicas [Dice] son asumidos, porque las exigencias a las que el Derecho positivo pretende dar respuesta con la inclusión de catálogos y garantías de derechos preexisten como exigencias; cuestión que no [cree] que tenga que vincularse necesariamente al iusnaturalismo si no queremos admitir también que las normas de ordenación del tráfico son de Derecho [n]atural porque obedecen a demandas preexistentes a su incorporación”³⁴⁵. Por ello, a diferencia de lo sostenido por algunas teorías neoconstitucionalistas, no alcanzo a ver por qué la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, entendidos como Derecho, podría vulnerar la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral³⁴⁶.

No se pierda de vista que el objeto de este capítulo fue desarrollar uno de los argumentos del neoconstitucionalismo para defender la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional. Este viene a decir, en primer lugar, que si el positivismo es una explicación del Derecho a partir de un modelo de reglas, este planteamiento es insuficiente porque en el Derecho del Estado constitucional existen otros estándares como los valores, principios y derechos fundamentales. El argumento continúa, en segundo lugar, señalando que el positivismo es insuficiente porque si estos contenidos materiales incorporados en la Constitución son moral, se vulneran algunas de las tesis características del positivismo jurídico, como lo son la de las fuentes sociales y la de la separación conceptual entre Derecho y moral.

Pues bien, una de las conclusiones de este capítulo es que a mi modo de ver los presupuestos a partir de los que el neoconstitucionalismo formula este argumento no son plausibles. Digo esto porque se admita o no la existencia de hechos morales objetivos, creo que se puede seguir sosteniendo una concepción iuspositivista, que defienda la tesis de la distinción débil entre reglas y principios. Pero si esto es así, no veo razones para considerar que la regla de reconocimiento no pueda identificar toda norma, llámese regla

³⁴⁴ E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Prólogo”, a *Id.*, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, cit., p. 30.

³⁴⁵ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 59.

³⁴⁶ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 215; y L. PRIETO SANCHÍS, “Réplica a Juan Antonio García Amado”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 265-288, en especial p. 268.

o principio (valor o derecho fundamental). Pero además señalo que los presupuestos del neoconstitucionalismo no son plausibles, pues otras de las conclusiones de este capítulo son, por una parte, que los valores, principios y derechos fundamentales son Derecho. Y por otra, que la incorporación en la Constitución de estos contenidos no es a mi modo ver novedad alguna del Derecho del Estado constitucional. Por lo que considero difícil sostener como lo hace el neoconstitucionalismo que es necesaria una nueva comprensión de la Teoría del Derecho para dar cuenta de un fenómeno que quizás ya explicaba el positivismo jurídico. Para afirmar estas ideas recuérdese que fue necesario detenerme en algunos aspectos de la historia de los derechos conforme a los modelos inglés, americano y francés.

Si, como se acaba de decir, los presupuestos del neoconstitucionalismo no son plausibles, el argumento objeto de este capítulo pierde fuerza. Pues no alcanzo a ver por qué el positivismo jurídico hartiano no podría explicar la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, si defendemos la tesis de la distinción débil entre reglas y principios, y argumentamos que estos contenidos son Derecho. Y es que además aunque concediéramos, como lo dice el neoconstitucionalismo, que los valores, principios y derechos fundamentales remiten a la moral, tampoco alcanzo a ver problema alguno para una teoría positivista. Así, otra conclusión de este capítulo es que, a diferencia de lo defendido por algunas teorías neoconstitucionalistas, en mi opinión no es verdad que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales sea un argumento plausible para sostener la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional. Lo que quiero decir, en última instancia, es que a mi forma de ver las cosas, una Teoría del Derecho que como el positivismo jurídico hartiano explica el Derecho a partir de la unión de reglas primarias y secundarias no tiene problema alguno para dar cuenta de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Es decir, hablando de la incorporación de estos contenidos no veo razones para negar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho, frente a teorías no positivistas como las neoconstitucionalistas. Pero quizás el problema para una teoría positivista no sea la estructura de los contenidos materiales, sino su función en el Derecho del Estado constitucional. En efecto, algunas teorías neoconstitucionalistas han defendido la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar este tipo de sistema jurídico afirmando que, a diferencia de lo sostenido por el positivismo, el Derecho del Estado constitucional es un sistema mixto.

CAPÍTULO V

La tesis del Derecho como sistema normativo mixto

En el capítulo anterior concluí que en mi opinión no es plausible el argumento del neoconstitucionalismo según el cual el positivismo jurídico es incapaz de explicar la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Este, sin embargo, como ya se dijo no es el único argumento defendido por las teorías neoconstitucionalistas para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional. El positivismo jurídico afirma que el Derecho es un sistema dinámico. El argumento al que aquí prestaré atención, en cambio, viene a decir que este planteamiento es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional, porque se trata de un sistema mixto. Esta tesis se formula como reacción frente a algunos aspectos de la Teoría del Derecho de Kelsen¹. De hecho, según Cuenca: “[l]a consideración de que la evolución de los [o]rdenamientos constitucionales contemporáneos supone la necesidad de abandonar, o al menos, de revisar la concepción kelseniana del sistema jurídico se ha convertido en un lugar recurrente entre los teóricos del Derecho”². Esto es así, continúa Cuenca, porque: “[l]a relevancia de las dimensiones sustantivas en el problema de la validez jurídica se

¹ Creo que es posible sostener que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto se formula como reacción frente al “formalismo”. En este sentido, véase L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado* (1926), trad. de L. Recaséns Siches y J. de Azcárate, Colofón, 2ª ed., México, 2000, pp. 5-101, en especial pp. 28 y 29. Lo que quiero decir es que una de las objeciones a la teoría de Kelsen es que se trata de una concepción formal. Sin embargo, H. KELSEN, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 207-344, en especial p. 212 (H. KELSEN, “Los fundamentos de la democracia” se presentó por primera vez en forma de conferencias patrocinadas por la Charles R. Walgreen Foundation for the study of American Institutions, en la Universidad de Chicago, en abril de 1954; después se publicó como “Foundations of Democracy”, en *Ethics*, LXVI, 1955), responde a esta crítica que: “[e]l argumento del <formalismo>, utilizado con frecuencia para desacreditar una determinada corriente de pensamiento y especialmente un proyecto político, es en la mayor parte de los casos una estratagema para ocultar un interés antagónico que constituye la verdadera razón de la oposición”. En esta investigación, sin embargo, no me ocuparé del formalismo. Al respecto, véanse N. BOBBIO, *El positivismo jurídico: Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1961), trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 53, 154 y 155; *Id.*, “Formalismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 83-100, en especial pp. 84, 85, 88, 89, 90, 91, 92 y 95 (N. BOBBIO, “Giusnaturalismo e positivismo giuridico”, en *Diritto e cultura moderna*, dirección de R. Treves y U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1965); e *Id.*, “La Filosofía del Derecho y sus problemas”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico, cit.*, pp. 60-77, en especial pp. 63 y 73.

² P. CUENCA GÓMEZ, “Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007, pp. 1-37, en especial p. 1. En este sentido, véase P. CUENCA GÓMEZ, “Una aproximación a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”, *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 3, 2010, pp. 1-17, en especial pp. 12 y 13.

plantea como una cuestión esencialmente polémica en el contexto de la explicación de la sistematicidad del Derecho que goza de una más amplia difusión en la cultura jurídica actual y que encuentra su principal referente en la teoría de Kelsen”³.

Existe cierto consenso⁴ sobre la idea de que para Kelsen y, en general, para el positivismo jurídico la validez depende de criterios formales. Es decir, se argumenta que una norma es válida no por su contenido, sino por haber sido creada por una autoridad a través del procedimiento adecuado. De este modo, se señala que según Kelsen el Derecho no es un sistema estático sino dinámico. La objeción, sin embargo, en palabras de Ansuátegui, es que “la separación kelseniana entre sistemas dinámicos y sistemas estáticos es difícilmente sostenible. Y ello, porque, más allá del sentido que dicha distinción tuviera en el contexto de la teoría pura, los sistemas jurídicos, incluyan los contenidos de los sistemas constitucionales u otros, configuran criterios de pertenencia que comparten y aúnan exigencias o rasgos de los sistemas dinámicos y de los sistemas estáticos [...] [Así] se ha afirmado en este sentido que [...] los sistemas jurídicos son sistemas mixtos”⁵. Así, como nos recuerda Cuenca, “el principal déficit que se imputa a la concepción de Kelsen radica en manejar una visión estrictamente formal de la validez jurídica plasmada en su caracterización del orden jurídico como un sistema normativo de tipo dinámico por oposición a los sistemas normativos de tipo estático”⁶. En cambio, el neoconstitucionalismo sostiene que la validez no sólo depende de criterios formales sino también de criterios materiales. Como se acaba de decir, las teorías neoconstitucionalistas afirman la tesis del Derecho como sistema normativo mixto.

Es cierto que en esta investigación defiendo el positivismo jurídico hartiano. Sin embargo, si la tesis del Derecho como sistema normativo mixto se afirma como reacción frente a algunos aspectos de la Teoría del Derecho de Kelsen, creo que está justificado referirme al planteamiento de Kelsen en el presente capítulo. Una cuestión discutible, por

³ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 3.

⁴ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 1, 44 y 71; N. BOBBIO, “Situación y orientaciones”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., pp. 33-47, en especial p. 35; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991, p. 283; y B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho: Concepto, validez y aplicación del Derecho* (1999), trad. de M.E. Salas, Ubijus, México, 2009, pp. 267, 279 y 350.

⁵ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 256.

⁶ P. CUENCA GÓMEZ, *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*, cit., p. 1.

otro lado, es si la tesis del sistema mixto es necesariamente “no positivista”. Eso depende de qué se entienda por criterios materiales. A ello me referiré más adelante. Aquí, en cambio, conviene apuntar que mi propósito es desarrollar el argumento del neoconstitucionalismo según el cual el positivismo jurídico es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional, porque este no es un sistema dinámico sino mixto. Lo que quiere decir que la validez depende de criterios formales y criterios materiales. Esta tesis es el objeto de este capítulo. El problema, sin embargo, es elucidar los términos “validez” (1) y “sistema jurídico” (2). Lo interesante será mostrar la explicación de Kelsen sobre estas ideas. Me cuestionaré posteriormente si, como lo dice el neoconstitucionalismo, el Derecho del Estado constitucional es un sistema mixto. Después pondré en duda algunos de los presupuestos a partir de los cuales las teorías neoconstitucionalistas sostienen esta tesis. Para, finalmente, ocuparme de la pregunta sobre si el positivismo jurídico hartiano, frente a la teoría de Kelsen, es una mejor explicación de este tipo de sistema jurídico (3).

1. Teoría pura del Derecho y el problema de la validez jurídica

No creo que sea necesario resaltar la importancia de la obra de Kelsen⁷ ni referirme a sus antecedentes⁸. Me interesa, en cambio, como decía mostrar algunos aspectos de su Teoría del Derecho, que como es de sobra conocido Kelsen denomina

⁷ P. CUENCA GÓMEZ, “La relación entre el Derecho y el poder en la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, pp. 273-296, en especial p. 273; C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica: Con referencia particular a la dogmática penal*, Coyoacán, México, 2011, p. 41; L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo* (1997), Fontamara, 2ª ed., México, 1999, p. 17; *Id.*, *Ideología e interpretación jurídica* (1986), Tecnos, Madrid, 1987, p. 75; *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 38; *Id.*, “Prólogo”, a S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (1998), Mc GrawHill, Madrid, 1999, p. XXI; L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 7-13; G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho* (1988), trad. de I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 174 y 175; y P. de VEGA, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX” (1998), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 3-44, en especial p. 13 (P. de VEGA, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, publicado en *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998).

⁸ J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho* (1991), trad. de A. Ackerman, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 149 (J.G. RIDDALL, *Jurisprudence*, Butterworths, Londres, 1991).

*Reine Rechtslehre*⁹. Este nombre obedece al hecho de que, según Kelsen, se trata de “una teoría jurídica pura, es decir: una [T]eoría del [D]erecho purificada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural, consciente de su singularidad en razón de la legalidad propia de su objeto”¹⁰. A la idea de “pureza” en la teoría de Kelsen me referiré más adelante. Aquí, en cambio, conviene comenzar por decir que se trata de una teoría general. Esto es así, por una parte, porque pretende explicar todo sistema jurídico. Es así, según Kelsen, “una doctrina general sobre el [D]erecho, y no la interpretación de normas jurídicas particulares, nacionales o internacionales”¹¹. Y por otra, es una teoría general pues su tarea, para Kelsen, es “investigar la esencia del [D]erecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países”¹².

El planteamiento de Kelsen es además una teoría descriptiva, pues explica qué es Derecho y no cómo debería ser¹³. De hecho, según Kelsen, una Teoría del Derecho “sólo puede *describir* el [D]erecho; no puede, a diferencia del [D]erecho producido, en normas generales e individuales por la autoridad jurídica, *prescribir* algo”¹⁴. Por ello su teoría, dice Kelsen, sólo: “[i]ntenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el [D]erecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el [D]erecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica”¹⁵. Así, Kelsen presenta su planteamiento como Ciencia Jurídica¹⁶.

⁹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª ed., México, 1986 (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960).

¹⁰ H. KELSEN, “Prólogo a la primera edición” (1934), en *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 9-12, en especial p. 9.

¹¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 15.

¹² H. KELSEN, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?* (1953), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, 5ª ed., México, 1997, p. 8 (H. KELSEN, *Was ist die reine Rechtslehre?*, Zürich, 1953).

¹³ H. KELSEN, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., p. 14; e *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945), trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., 4ª reimp., México, 1988, pp. 15 y 16 (H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945).

¹⁴ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 86.

¹⁵ Ídem., p. 15. Al respecto, véase H. KELSEN, *Introducción a la Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de E.O. Rabasa, Nacional, 1ª reimp., México, 1974, p. 15.

¹⁶ E. ARNOLD, “Posfacio: La “nueva ciencia” de Voegelin a la luz de la crítica de Kelsen”, trad. de J. Etorena, en H. KELSEN, *¿Una nueva ciencia de la política?: Réplica a Eric Voegelin* (1954), trad. de I. Rodríguez Villegas, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 245-300, en especial p. 252 (H. KELSEN, *A New Science of Politics Hans Kelsen's Reply to Erik Voegelin's "New Science of Politics"*, *A Contribution to the Critique of Ideology*, ed. Eckhart Arnold, Ontos Verlag, Frankfurt, 1954); y L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 13, 14, 21 y 28.

Una Teoría del Derecho, dice Kelsen, tiene que determinar su objeto. En el caso de su planteamiento no es otro más que el Derecho positivo¹⁷. Esto quiere decir, continúa Kelsen, que la teoría comprende un estudio de “las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre los diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del [D]erecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos”¹⁸. Lo interesante, sin embargo, es que decir como lo hace Kelsen que su teoría tiene por objeto el Derecho positivo significa que se trata de una variedad de positivismo jurídico. A esta idea me referiré más adelante.

Kelsen como decía presenta su teoría como una doctrina “pura” del Derecho¹⁹. Esto es así, según Kelsen, “porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el [D]erecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método”²⁰. Como se sabe, Kelsen no niega la relación entre el Derecho y otras disciplinas, como la Psicología, Sociología, Ética o la Teoría Política. Es claro, en palabras del autor, que “la [T]eoría pura del [D]erecho es una *teoría pura* del [D]erecho, no la teoría de un [D]erecho *puro*”²¹. Es cierto también, insiste Kelsen en que: “[l]a ‘pureza’, tal como [usa] este término, se refiere a [su] [T]eoría del [D]erecho, no a [su] pensamiento político”²². O bien, que: “[e]l postulado de la pureza no se refiere al proceso de creación y aplicación del [D]erecho sino [...] a la *teoría* jurídica, esto es, al conocimiento del [D]erecho”²³. Creo que lo que se quiere decir cuando se habla de pureza

¹⁷ H. Kelsen, “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. V-XI, en especial p. V; y U. SCHMILL, “Presentación” (2003), a H. Kelsen, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, Fontamara, 1ª reimp., México, 2004, pp. 7-42, en especial p. 12.

¹⁸ H. Kelsen, “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. V.

¹⁹ C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica...*, cit., p. 42; E.O. RABASA, “Prólogo”, a H. Kelsen, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 7-14, en especial pp. 9 y 10; R. RACINARO, “Introducción”, “Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta” (1978), a H. Kelsen, *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, trad. de A. García Ruiz, Siglo XXI, México, 1982, pp. 9-172, en especial p. 43 (R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta*, Donato editore, Bari, 1978); J. RAZ, “La cuestión de la naturaleza del Derecho” (1983), en *Id.*, *La ética en el ámbito público* (1994), trad. de M.L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 211-226, en especial p. 217; y B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 268.

²⁰ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 15. En este sentido, véase H. Kelsen, “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. VI.

²¹ H. Kelsen, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., p. 30.

²² H. Kelsen, “El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho” (1965), trad. de R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1992, pp. 47-90, en especial p. 57 (H. Kelsen, “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, núm. 17, 1965).

²³ *Ídem.*, p. 85.

en la teoría de Kelsen, es que se trata de un método. Este consiste en la pretensión de limitar el conocimiento del Derecho. Por ello, creo que tiene razón Ansuátegui cuando dice que: “[l]a teoría pura, tal y como es propuesta por Kelsen, supone un método de conocimiento, una estrategia intelectual de aproximación a un determinado objeto de conocimiento: el Derecho. De lo que se predica pureza es de la teoría, y no del Derecho”²⁴. Con estas ideas, Kelsen busca evitar en fin lo que denomina un “sincretismo metódico”.

La Teoría del Derecho para Kelsen, por otro lado, implica una Teoría del Estado²⁵. En esta investigación, sin embargo, no me ocuparé de la Teoría del Estado de Kelsen²⁶. Creo que sólo conviene decir que, según Kelsen, “todos los problemas de la Teoría general del Estado, son problemas en torno a la validez o vigencia y a la producción del orden jurídico; y, por lo tanto, problemas jurídicos”²⁷. Esto se explica porque Kelsen defiende la tesis de la identidad entre Derecho y Estado. A esta tesis me referiré más adelante. Hasta aquí sólo presté atención a algunos aspectos de la Teoría del Derecho de Kelsen. Esta es un planteamiento general y descriptivo. Tiene por objeto el Derecho positivo. Esta comprensión, quizás como toda Teoría del Derecho, debe enfrentar el problema de la validez jurídica²⁸. Esto es así porque, como explica Barranco, “en los ordenamientos estatales modernos, el criterio que sirve para identificar lo jurídico es el

²⁴ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 601-622, en especial p. 609.

²⁵ H. KELSEN, “Dios y Estado” (1923), trad. de U. Schmill, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., pp. 43-70, en especial p. 70 (H. KELSEN, “Dios y Estado”, este ensayo apareció publicado por vez primera en *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, hrg. v. R. Kroner und G. Mehlis, Band 11. 1922/1923, Heft 3. Tübingen 1923, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), S. 261-284); *Id.*, “Prefacio a la edición española”, a *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado* (1955), trad. de A.J. Weiss, Emecé, Buenos Aires, 1957, pp. 9 y 10, en especial p. 9; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 216; y L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 69 y 70.

²⁶ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 131; *Id.*, “La teoría política del bolchevismo: Un análisis crítico” (1948), trad. de A.J. Weiss, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 157-206, en especial pp. 158 y 159 (H. KELSEN, “The Political Theory of the Bolshevism. A Critical Analysis”, University of California Press, 1948); *Id.*, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 225; *Id.*, “Marx o Lassalle: Cambios en la teoría política del marxismo” (1924), en *Id.*, *Socialismo y Estado...*, cit., pp. 366-402, en especial p. 366 (H. KELSEN, *Marx oder Lassalle Wandlungen in der politischen theorie des marxismus*, Leipzig, Hirschfeld, 1924); e *Id.*, “Teoría del Estado”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., pp. 269-341, en especial p. 277 (H. KELSEN, *The Political Theory of Bolchevism*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, Third Printing, 1955).

²⁷ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 130. En este sentido, véase H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 246.

²⁸ R. de ASÍS ROIG, *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 32; *Id.*, “Juez y concepto de Derecho iuspositivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, cit., pp. 539-554, en especial p. 542; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 185; y K. TUORI, *Positivismismo crítico y Derecho moderno*, trad. de D. Mena et al, Fontamara, México, 1998, p. 63.

de la validez”²⁹. O, lo que es lo mismo, en palabras de Peces-Barba, la validez “es lo que distingue a las normas jurídicas de otras órdenes o manifestaciones de voluntad que no son jurídicas”³⁰. Pues bien, en lo que sigue me referiré a este problema. Recuérdesse que el esquema propuesto para este primer apartado es prestar atención al problema de la validez jurídica en la Teoría del Derecho. Para posteriormente detenerme en las respuestas de Kelsen. Pienso que la relevancia de abordar estos problemas para la idea del Derecho como un sistema mixto, es que el punto de partida del neoconstitucionalismo para formular el argumento objeto de este capítulo es la denuncia de la insuficiencia de la explicación de la validez jurídica a partir de criterios formales, como se dice lo hace Kelsen.

1.1.El problema de la validez jurídica

En Teoría del Derecho, me inclino a pensar que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de “validez”³¹. En lo que sigue prestaré atención al hecho de que el término validez admite diversos significados. Aunque como se verá, por otro lado, existen ciertas polémicas que también son relevantes para el objeto de este trabajo. Me refiero, por ejemplo, a que de validez se puede hablar respecto del sistema jurídico o bien, de una norma jurídica³². O quizás lo que es lo mismo, de acuerdo en el planteamiento de

²⁹ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2000, p. 56.

³⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 40.

³¹ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría post positivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 35-59, en especial pp. 35, 36, 37, 45, 46, 47, 48 y 57; E. BULYGIN, “Tiempo y validez” (1982), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214, en especial p. 195 (E. BULYGIN, “Time and Validity”, A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, North Holland Publishing Company); M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, p. 24; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, Fontamara, México, 2008, p. 59; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 117; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 52.

³² M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, *cit.*, pp. 26-28; y B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, *cit.*, pp. 187 y 188.

Fariñas³³, se puede preguntar qué es validez o bien, cuál es su fundamento³⁴. Se ha señalado, por otra parte, que la validez no es un concepto graduable. Es decir, un sistema o norma es válido o no lo es³⁵. Pero como apuntaba a algunas de estas polémicas me referiré más adelante. Aquí, en cambio, como decía me detendré en algunos de los significados que admite el término validez.

Así, por ejemplo, se ha sostenido que validez es existencia³⁶. Se trata de la idea según la cual un sistema o norma es válido si existe fácticamente. Pero se ha sostenido también que validez es existencia jurídica. C.E. Alchourrón y E. Bulgin, por su parte, llaman nuestra atención sobre el hecho de que una cosa es la validez y otra la existencia. Hablando de las normas jurídicas, sostienen que el criterio para determinar la existencia de una norma es su carácter temporal. En efecto, en sus palabras, “una de las características típicas de las normas jurídicas es su existencia en el tiempo: las normas jurídicas comienzan a existir en un cierto momento, existen durante un lapso más o menos prolongado y dejan de existir en otro momento”³⁷. Sobre este comienzo y fin de la existencia de las normas, Alchourrón y Bulgin afirman que la promulgación es la única condición que explica el inicio de la existencia. La derogación, en cambio, es una de las condiciones que explican que una norma deje de existir porque cancela sus efectos.

³³ Digo esto porque de acuerdo con M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, cit., p. 27, “cuando nos referimos al problema de la <validez> puramente formal o *intrasistémica*, nos encontramos en el ámbito de la Ciencia Jurídica, la cual soluciona el problema de la <validez jurídica> con el material que el propio sistema jurídico le proporciona, sin acudir, por tanto, a elementos externos al mismo. Dicha solución vendría, pues, dada por la legalidad del acto de creación de las normas, conforme a los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico”. Este es un primer concepto de validez que mira a la norma jurídica. En cambio, de acuerdo con Fariñas: “[e]l segundo concepto, el de <validez> del ordenamiento en su conjunto, implica, necesariamente, la referencia específica al <fundamento> o a la <base> de la validez jurídica, en definitiva al fundamento último de la validez o, incluso se podría decir, de la <existencia> de un ordenamiento jurídico” (pp. 27 y 28).

³⁴ H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho: Fundamentos del Derecho* (1964), trad. de E. Gimbernat Ordeig, Euros-B. de F., 2ª ed., Buenos Aires-Montevideo, 2014, p. 563 (H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung).

³⁵ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. 69 y 318 (R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986).

³⁶ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., pp. 146 y 147; *Id.*, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho* (1958-1960), trad. de J. Guerrero R., Temis, 3ª ed., Bogotá, 2012, pp. 3-140, en especial p. 21; F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id.* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 149-353, en especial p. 260; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp. 73 y 74; y VV.AA., “Lección Primera: El Derecho como forma de organización social y cultural. Validez, eficacia y justicia del Derecho. El contrato social y el Derecho. Derecho y cambio social”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 17-58, en especial p. 19.

³⁷ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas* (1979), Fontamara, México, 1997, p. 19.

R. Guastini, por su parte, coincide con Alchourrón y Bulygin en que es necesario distinguir entre validez y existencia. Así, según Guastini: “[u]na norma jurídica viene a existir -o bien, una norma adquiere existencia jurídica- cuando es creada de conformidad con (al menos) *algunas* normas sobre la producción jurídica. [Guastini quiere] subrayar que la emanación conforme con *algunas* normas sobre la producción jurídica (no con todas) es condición suficiente para la existencia jurídica de una norma: es condición suficiente para que esa norma entre a formar parte del ordenamiento jurídico (existencia jurídica significa precisamente pertenencia a un determinado ordenamiento). La conformidad con todas las normas sobre la producción jurídica es condición necesaria de validez, pero no de existencia jurídica. Existencia y validez deben ser cuidadosamente distinguidas [...] Se dice que es válida una norma que sea conforme con todas las normas secundarias que gobiernan su creación y predeterminan su contenido normativo”³⁸. Creo que Alchourrón, Bulygin y Guastini hablan sobre la idea de validez como existencia jurídica. Pero como decía por validez se ha entendido también existencia fáctica. O, lo que es lo mismo, se ha afirmado que validez es eficacia.

Es decir, un sistema o norma es válido si es observado por sus destinatarios. Rùthers denomina a esta idea “validez fáctica”, reseñando “que incumbe, fundamentalmente, a la cuestión de en qué medida es la norma jurídica obedecida por los ciudadanos”³⁹. Alexy, por su parte, le llama el concepto sociológico de validez. Así, según Alexy: “[e]l objeto del concepto sociológico de validez es la validez social. Una norma vale *socialmente* si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción”⁴⁰. No es mi propósito, sin embargo, discutir aquí la idea de eficacia⁴¹. Quizás sólo convenga

³⁸ R. GUASTINI, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 79-91, en especial p. 84.

³⁹ B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho*..., cit., p. 188.

⁴⁰ R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1997, pp. 11-130, en especial p. 87.

⁴¹ N. BOBBIO, “Normas primarias y normas secundarias” (1968), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 307-321, en especial p. 317; *Id.*, “Sobre el principio de legitimidad” (1964), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 297-306, en especial p. 304; F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id.* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho*..., cit., p. 260; G.J. POSTEMA, “Conformidad, costumbre y congruencia: Repensando la eficacia del Derecho”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (2007), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, compilación de M.H. Kramer et al, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 79-104, en especial p. 81 (VV.AA., *The Legacy of H.L.A. Hart. Legal, Political and moral Philosophy*, compilación de M.H. Kramer et al, Oxford University Press, 2008); L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp. 83, 85 y 86; J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, cit., p. 26; y M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho* (1990), Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª reimp., Madrid, 1991, p. 143.

apuntar que, a mi forma de ver las cosas, sí existe una relación entre validez y eficacia⁴². Lo interesante, sin embargo, es tener claro que, como dice Escudero, “la aplicación tanto del concepto de validez como del de eficacia no produce los mismos resultados si se dirige a la norma jurídica o, en cambio, se pone en relación con el sistema jurídico, entendido este como un todo”⁴³. Esto es así, porque validez y eficacia se identifican si hablamos del sistema jurídico. Para que un sistema jurídico sea válido tiene que ser eficaz, por lo menos en términos generales. En cambio, si nos referimos a una norma jurídica aislada es necesario distinguir entre validez y eficacia. Porque una norma jurídica puede ser válida sin ser eficaz o bien, una norma puede ser eficaz sin ser válida⁴⁴. En contra, Alexy sostiene que: “[s]i un sistema de normas o una norma no tiene ninguna validez social, es decir, no logra la menor eficacia social, este sistema de normas o esta norma tampoco puede valer jurídicamente. El concepto de validez jurídica incluye, pues, necesariamente también elementos de la validez social”⁴⁵. En mi opinión, sin embargo, como decía una norma jurídica aislada puede ser válida sin ser eficaz. E insisto en que un sistema jurídico para ser válido tiene que ser eficaz, por lo menos en términos generales. Esta como veremos es la tesis de Kelsen. Por lo que conviene repetir que está justificado prestar atención a estas reflexiones en torno al sentido de la validez jurídica y su relación con la eficacia.

Coincido, por otro lado, con Hart cuando dice que: “[e]s necesario [...] distinguir entre la ineficacia de una regla y la inobservancia de todas las reglas del sistema. En este último supuesto no tendría sentido determinar derechos y deberes por referencia a reglas primarias o bien, determinar la validez de las reglas de aquel sistema a través de la regla de reconocimiento. El supuesto del que hablamos es el de un sistema que nunca ha sido efectivo o bien, que ha sido desechado. Debe quedar claro, sin embargo, que cuando alguien expresa un enunciado interno para hablar de la validez de una regla “presupone” que es verdadero aquel enunciado externo según el cual es generalmente eficaz el sistema. Esto quiere decir que normalmente cuando se emplean enunciados internos se hace en el contexto de eficacia general del sistema; pero usar enunciados internos no significa que

⁴² R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 21.

⁴³ R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismos y moral interna del Derecho* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 167.

⁴⁴ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 117; e *Id.*, “Prólogo”, a M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, cit., pp. 11-16, en especial p. 15.

⁴⁵ R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 89.

el sistema es eficaz”⁴⁶. Así, en fin, creo que cobra relevancia la distinción apuntada entre la validez del sistema jurídico y la validez de una norma jurídica aislada. Pero a estas ideas me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa seguir prestando atención al problema de la validez.

Pues bien, además del concepto sociológico al que se acaba de hacer referencia, siguiendo a Alexy, es posible distinguir entre un concepto jurídico y un concepto moral de validez. Alexy habla de un concepto de la validez jurídica en sentido estricto. Afirma que: “[a] este tipo de concepto se hace referencia cuando se dice que una norma vale *jurídicamente* cuando es dictada por el órgano competente; de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento”⁴⁷. Fariñas, por su parte, como ya se apuntaba, explica que: “[e]sto implica que, cuando nos referimos al problema de la <validez> puramente formal o *intrasistemática*, nos encontramos en el ámbito de la Ciencia Jurídica, la cual soluciona el problema de la <validez jurídica> con el material que el propio sistema jurídico le proporciona, sin acudir, por tanto, a elementos externos al mismo. Dicha solución vendría, pues, dada por la legalidad del acto de creación de las normas, conforme a los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico”⁴⁸.

Pero como decía es necesario distinguir entre este concepto jurídico y el concepto moral de validez. Alexy le llama concepto ético de validez. En sus palabras: “[e]l objeto del concepto ético de validez es la validez moral. Una norma vale *moralmente* cuando está moralmente justificada”⁴⁹. Rüthers explica que, en efecto: “[j]unto a la validez jurídica y fáctica del [D]erecho se encuentra un tercer tipo de validez: la moral, la cual viene a fortalecer la eficacia de la ley estatal, en virtud de que aquí coincide la validez con las convicciones en el [D]erecho que tienen los ciudadanos. El [D]erecho natural es posible entenderlo como si fuera un caso especial de la validez moral. Este rige, según las convicciones de sus adeptos, independientemente de que sea implementado estatalmente. Por lo cual, ellos derivan la validez jurídica de la fuerza de convicción moral que reposa

⁴⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2007, p. 129 (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Londres, 1961).

⁴⁷ R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 89.

⁴⁸ M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, cit., p. 27.

⁴⁹ R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 88.

en las proposiciones del [D]erecho natural”⁵⁰. No me ocuparé aquí del concepto ético o moral de validez. Me interesa, en cambio, advertir que una forma de explicar la validez tiene como presupuesto los conceptos sociológico, jurídico y ético hasta aquí desarrollados⁵¹. En efecto, existe una línea de pensamiento que afirma que una explicación adecuada de la validez es aquella que toma en cuenta estos conceptos. Se trata de la teoría tridimensional de la validez⁵². Esta viene a decir que para hablar de una norma válida es necesaria la reunión de los tres conceptos.

Es decir, para esa teoría, una norma jurídica sería válida si y en la medida en que fuera observada por sus destinatarios, hubiese sido creada legalmente y estuviera moralmente justificada. Creo que, por ejemplo, Alexy defiende esta postura. Pero conviene recordar que, en el plano del ordenamiento, Hart considera que de algún modo coinciden, con respecto a la regla de reconocimiento, la aceptación, el cumplimiento y la existencia. La teoría tridimensional ha sido objetada, por ejemplo, por J.A. García Amado. Él comienza por explicar que: “[e]n su formulación estándar esa teoría tridimensional dice que el [D]erecho es norma, y como tal calificable en términos de validez o invalidez formal o propiamente jurídica; hecho, y como tal calificable en clave de eficacia o ineficacia; y valor, y como tal tildable de bueno o malo, justo o injusto, moral o inmoral. Perder de vista cualquiera de esas dimensiones supondría, se dice, dejar de lado un aspecto esencial de la ontología de lo jurídico, pues el [D]erecho propiamente dicho sólo se da en aquellas normas que reúnen las tres condiciones positivas: validez, eficacia y justicia”⁵³. La objeción de García Amado a la teoría tridimensional de la validez, en sus palabras, es que así entendida: “[s]e trata de una grosera confusión entre el objeto y los puntos de vista sobre el objeto”⁵⁴. Bobbio, por su parte, explica que en realidad “frente a cualquier norma jurídica podemos plantearnos un triple orden de problemas: 1) si es *justa* o *injusta*; 2) si es *válida* o *inválida*, y 3) si es *eficaz* o *ineficaz*. Se trata de tres diferentes problemas: de la *justicia*, de la *validez* y de la *eficacia* de una

⁵⁰ B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 188.

⁵¹ M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 137-140.

⁵² R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 94; E. DÍAZ GARCÍA, *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971), Taurus, 2ª ed., 6ª reimp., Madrid, 1989, pp. 50, 51 y 56; F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id.* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho...*, cit., p. 260; N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 79; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., pp. 190 y 191; y M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 77-80.

⁵³ J.A. GARCÍA AMADO, “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral: Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 163-264, en especial pp. 186 y 187.

⁵⁴ Ídem., p. 187.

norma jurídica”⁵⁵. Como nos recuerda Ferrajoli, “Bobbio nos invita a reconocer que el [D]erecho puede ser contemplado desde varios puntos de vista diferentes -el de la justicia, el de la validez y el de la eficacia- que corresponden a disciplinas diferentes y a otros tantos métodos de investigación y, que no pueden ser confundidos entre sí, pero tampoco ignorarse recíprocamente”⁵⁶. La teoría tridimensional como decía sólo es una forma de explicar la validez. Recuérdesse que en este apartado estoy prestando atención a algunos de los significados que admite este término.

Es claro, por otro lado, que un problema diferente es qué es Derecho. Lo interesante, sin embargo, es que en ocasiones esta pregunta se responde afirmando la pertenencia de las normas a un sistema jurídico. Lo que quiero poner a la vista es que uno de los significados del término validez es pertenencia. En efecto, conforme a esta postura una norma es válida si y en la medida en que pertenece a un sistema jurídico⁵⁷. Esto es, validez y pertenencia se identifican. Se ha señalado, por otro lado, que: “[e]sta noción de validez es *descriptiva*, pues la afirmación de que una determinada norma pertenece a un cierto sistema jurídico es descriptiva, susceptible de ser verdadera o falsa y es *relativa*, ya que una norma puede pertenecer a un sistema y no a otro y puede pertenecer en un momento y no en otro”⁵⁸. En fin, lo que esta postura viene a decir es que “el problema de la validez jurídica [no es otra cosa más que la cuestión] sobre cómo determinar cuáles son las normas pertenecientes a cada ordenamiento”⁵⁹. O, lo que es lo mismo, conforme a esta postura se sostiene “que una norma es válida cuando puede ser identificada como perteneciente a un sistema jurídico porque cumple con las condiciones prescritas en ese

⁵⁵ N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 20.

⁵⁶ L. FERRAJOLI, “Prólogo”, trad. de A. Greppi, a N. BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., pp. 9-21, en especial pp. 10 y 11.

⁵⁷ R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 85; M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 212; N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 84; *Id.*, “Teoría del ordenamiento jurídico” (1960), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., pp. 143-265, en especial p. 172; E. BULYGIN y D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 84; R.A. CARACCILO, *Sistema jurídico: Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 34; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 172; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., p. 59; J.J. MORESO MATEOS, “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 45-62, en especial p. 52; e *Id.*, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 149 y 155.

⁵⁸ E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006, p. 101. En este sentido, véase *Id.*, “Tiempo y validez” (1982), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 195.

⁵⁹ J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 70.

sistema para ese tipo de normas (dado que las normas de un sistema complejo no son todas de una sola clase y las condiciones pueden ser y de hecho son distintas para cada una de ellas)”⁶⁰.

Creo que la idea de estas condiciones o criterios se puede ejemplificar si se admite que: “[l]lamar a un estándar o norma, *S*, jurídicamente válido en un sistema jurídico *L* es afirmar: i) que *S* satisface ciertos criterios de pertenencia a *L*, criterios que son delineados en una regla de reconocimiento o en estándares, como la Carta Canadiense -que son validados por una regla de reconocimiento-, y ii) que, por tanto, debe darse a *S* debida consideración en todo caso que surja en *L* al que *S* se aplique”⁶¹. Queda claro que conforme a la postura que vengo comentando, como se ha dicho, “la validez será la pertenencia al [o]rdenamiento jurídico de una norma, porque se ajusta a los criterios de producción de normas de ese [o]rdenamiento”⁶². Aunque se admitiera que validez es pertenencia, la discusión, sin embargo, sería elucidar de qué tipo de criterios se trata⁶³. Es decir, si son criterios formales o materiales de validez. Pero en todo caso, si se acepta que validez es pertenencia, “el presupuesto del [D]erecho como sistema parece cumplir una importante función: suministrar criterios de *pertenencia*, esto es, de validez, de las normas que componen un conjunto jurídico”⁶⁴. El presupuesto de la idea de validez como pertenencia es la idea del Derecho como sistema. En efecto, como dice Cuenca, “manejar un concepto sistemático de Derecho implica asumir una teoría sistemática de la validez que afirma que una norma jurídica es válida cuando cumple los criterios de pertenencia establecidos por el sistema para considerar que una norma forma parte del mismo. Desde una perspectiva negativa, adoptar una aproximación sistemática al fenómeno jurídico supone descartar otras comprensiones alternativas de la noción de validez como las defendidas por la teoría <fáctica>, que mantiene que las normas <válidas> son las normas eficaces, esto es, aquéllas que realmente se aplican en la resolución de los conflictos sociales y por la teoría <axiológica>, que sostiene que la validez de las normas depende

⁶⁰ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 74.

⁶¹ W.J. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente* (1994), trad. de M.S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 185 y 186.

⁶² G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 127.

⁶³ Sobre la idea de validez en el sentido de pertenencia y que los criterios de identificación son formales y materiales, véase F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 35.

⁶⁴ R.A. CARACCIOLO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 16.

de su conformidad con normas <extrasistemáticas> que adquieren este papel por razón de su calidad moral”⁶⁵.

La validez de una norma jurídica como pertenencia se ha explicado también al llamar nuestra atención sobre el hecho de que “la calificación de una norma como jurídica no deriva de que aisladamente considerada sea coactiva, contenga una sanción, sino de que se la pueda insertar con arreglo a los criterios del [o]rdenamiento, en el mismo, es decir que una norma es calificada como jurídica si es válida”⁶⁶. Lo interesante entonces es que esta postura conforme a la que validez es pertenencia pone de manifiesto el hecho de que quizás resolver el problema de la validez no quiere decir otra cosa más que responder a la pregunta sobre qué normas son jurídicas. O, dicho de otra forma, como ya se apuntaba, parece que de la solución al problema de la validez depende la respuesta a la pregunta ¿qué es Derecho? Desde luego no es lo mismo. Pues creo que la validez tiene que ver con el problema de la identificación de las normas directamente e indirectamente con el concepto de Derecho. Pero no me detendré en ello. Como ya se dijo, mi propósito es mostrar algunos de los significados que admite el término validez. Uno de ellos es, pues, pertenencia. En definitiva, se trata de la postura según la cual la validez de una norma depende de su pertenencia a un sistema jurídico. La objeción, sin embargo, es que esta postura pierde fuerza si admitimos que una norma sin pertenecer a un sistema jurídico es válida en él, si es aplicable conforme a otra norma que sí pertenece a ese sistema jurídico. Se trata de la idea según la cual validez es aplicabilidad⁶⁷. Es cierto que quizás esta reflexión debería ir en el mismo lugar en que se exploraron otros conceptos de validez. Pero creo que primero debía prestar atención a la idea de pertenencia, para después mostrar una de sus objeciones. Que como se acaba de señalar no es otra más que la afirmación de que una norma es válida si es aplicable, aunque no pertenezca al sistema jurídico de que se trate.

Esta, dicho sea de paso, es la tesis defendida por Raz en *Practical Reason and Norms*⁶⁸. En efecto, en esa obra, Raz sostiene que: “[u]na norma es válida si, y sólo si, los sujetos normativos están justificados en guiar su conducta por ella siempre que ella

⁶⁵ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., p. 2.

⁶⁶ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 116.

⁶⁷ E. BULYGIN, *El positivismo jurídico*, cit., p. 102; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., pp. 59 y 60; J.J. MORESO MATEOS, “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, cit., pp. 49-86, en especial p. 71.

⁶⁸ J. RAZ, *Razón práctica y normas* (1975), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975).

sea aplicable; es decir, siempre que se den sus condiciones de aplicación”⁶⁹. Estoy de acuerdo, por otro lado, con Moreso y Vilajosana cuando llaman nuestra atención sobre el hecho de que “es importante distinguir entre *pertenencia* de las normas a un sistema jurídico [...] y *aplicabilidad*”⁷⁰. Pero a mi forma de ver las cosas quizás estas posturas son compatibles. Lo que quiero decir es que en algunos casos la validez de las normas jurídicas obedece a su pertenencia al sistema jurídico, y en otros a su aplicabilidad. Pero en todo caso, como trataré de mostrar más adelante, validez es obligatoriedad. De hecho, este es un argumento elaborado por Raz en un trabajo posterior⁷¹. En él, Raz insiste en su tesis de que las normas son razones para la acción. Dice además que es un error considerar que la explicación de la validez jurídica es una respuesta a la pregunta ¿qué es Derecho? Se trata de un error, dice Raz, porque la naturaleza del Derecho depende de la explicación de los sistemas jurídicos. En cambio, la validez tiene que ver con las normas del sistema. Señalar, según Raz, que el sistema jurídico es válido sólo quiere decir que sus normas son válidas. Pero ahora la pregunta es si la validez de las normas jurídicas sólo significa “membrecía” a un sistema jurídico. Hacer esta pregunta, continúa Raz, es cuestionarnos por los “criterios de membrecía” a un sistema jurídico. Pero, para Raz, esta idea tiene que ser rechazada. Porque no toda norma válida es parte del sistema de acuerdo con el cual es válida. Es claro, dice Raz, que en la mayoría de los sistemas jurídicos se aplican normas que no son parte de ellos. Las normas del Derecho internacional privado de un sistema jurídico *S* establecen las condiciones bajo las cuales normas extranjeras deben ser consideradas jurídicamente válidas de acuerdo a *S*. En este caso, según Raz, las normas aplicadas en *S* son válidas de acuerdo con *S*, pero no son por ello parte del sistema jurídico *S*. Así queda claro, para Raz, que la validez es un concepto más amplio que el de “membrecía” a un sistema jurídico. Por ello, Raz propone que “jurídicamente válido” es lo mismo que “jurídicamente obligatorio”. Dicho de otra forma, para Raz: “[u]na norma válida es la que tiene efectos normativos. Una norma jurídicamente válida es la que tiene efectos jurídicos. Para evitar malentendidos tales enunciados deberían, quizá, ser

⁶⁹ Ídem., p. 91.

⁷⁰ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 120.

⁷¹ J. RAZ, “La validez jurídica” (1977), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 187-203 (J. RAZ, “La validez jurídica”, *Archiv für Rechts-und Sozial philosophie*, Bd. LXIII/3, 1977, pp. 339-353).

complementados de forma a decir: una norma jurídicamente válida es aquella que tiene en [D]erecho los efectos normativos que pretende tener”⁷².

Para Raz, que una norma sea válida quiere decir que tiene consecuencias normativas. Raz admite, sin embargo, que esta idea genera algunas dificultades. Raz comienza por decir que la concepción del Derecho natural sobre la validez plantea dos preguntas. En primer lugar, Raz se cuestiona cómo reconciliar esta concepción con la idea de que el Derecho regula su propia validez. Es decir, el Derecho establece criterios de validez diferentes de los que determinan la validez de las normas morales. Y, en segundo lugar, Raz se pregunta cómo explicar el Derecho sin respaldar su mérito moral. En relación con la primera cuestión, según Raz, es posible identificar la validez moral con la justificación de las normas. Explicando esta justificación a través de una norma moral. Así, para afirmar que una norma es moralmente obligatoria se requiere mostrar que está justificada. En este sentido, validez y justificación se identifican. Pero esto, dice Raz, no sucede en el Derecho. Porque la validez de una norma se determina mostrando que se adecúa a criterios establecidos por otras normas del sistema, que podemos llamar “reglas de reconocimiento”. Y no, en cambio, argumentando sobre su valor o justificación. Estos criterios, según Raz, se refieren a la forma en que la norma fue establecida por la autoridad judicial. De hecho, de acuerdo con Raz: “[l]a validez jurídica de las reglas de reconocimiento es determinada de forma similar, excepto la validez de las últimas reglas de reconocimiento la cual es cuestión de hechos sociales, es decir, las reglas últimas de reconocimiento que son obligatorias son aquellas que son efectivamente practicadas y seguidas por los tribunales”⁷³. Esto se explica porque el Derecho es un hecho social. Según Raz, esto significa que un sistema jurídico puede estar en vigor en una comunidad. Lo que quiere decir que el sistema jurídico es efectivamente seguido y aplicado en esa comunidad. El criterio para determinar si un sistema jurídico está en vigor es que todos acepten que la vigencia resulta de la eficacia del sistema jurídico en esa comunidad. El criterio para decir que una comunidad tiene un cierto código moral es diferente. Porque el Derecho, a diferencia de la moral, tiene instituciones legislativas y judiciales. Decir que el Derecho es un hecho social, por otro lado, significa también que las normas jurídicas tienen una fuente. La validez de las normas depende de la existencia de ciertos hechos. Se trata, por ejemplo, de los actos de un Parlamento, de las decisiones de los

⁷² Ídem., p. 191.

⁷³ Ídem., p. 193.

tribunales o bien, de un patrón de comportamiento que da cuenta de una costumbre. Estos, dice Raz, son hechos que crean Derecho. Este, por su parte, determina cuáles son. De este modo, en palabras de Raz: “[l]a concepción del [D]erecho como un hecho social, como un método de organización y regulación de la vida social, se mantiene o cae con las dos tesis mencionadas. En su núcleo yacen las tesis: (1) que la existencia de un sistema jurídico es una función de su eficacia social, y (2) que toda disposición jurídica tiene una fuente”⁷⁴.

Esta última tesis, es decir, la idea que toda norma jurídica tiene una fuente, según Raz, garantiza que el contenido del Derecho sea determinado de forma valorativamente neutra. Porque si la validez de una norma depende de su fuente, y esta es una acción o serie de acciones, las dudas sobre la validez tienen que ver con cuestiones fácticas, sin que las opiniones morales o políticas tengan relevancia alguna. Esta es una de las funciones de la tesis social. Esta, desde luego, no implica la concepción de la validez como justificación. Pero, según Raz, podrían ser compatibles. Lo se quiere decir, por ejemplo, es que la validez de la norma que prohíbe robar, en opinión de Raz, no se explica por argumentos que se refieran al derecho de propiedad, sino a la necesidad de tener Derecho efectivo y la autoridad justificada de quienes lo crean. De este modo, Raz distingue entre la validez de una norma que significa que esta debe ser obedecida por alguna razón, y la validez sistemática de una norma que significa que esta debe ser obedecida porque es parte de un sistema jurídico en vigor en la comunidad. La diferencia es que la validez no sistemática se refiere a los fines y valores que persigue una norma. En cambio, la validez sistemática está en función de que la norma pertenezca a un sistema jurídico. O bien, como se vio, que sea aplicable. Así, en síntesis, para Raz, “una norma de [D]erecho es válida si, y sólo si, tiene las consecuencias normativas que pretende tener. Es jurídicamente válida si, y sólo si, es válida en virtud de que pertenece a un sistema jurídico en vigor en un cierto país o es aplicable en él, *i.e.* si es sistemáticamente válida [...] La validez presupone membrecía y aplicabilidad. Los juicios de membrecía y de aplicabilidad son juicios sobre hechos sociales. Los juicios sobre la validez jurídica son juicios normativos parcialmente fundamentados en tales hechos”⁷⁵. En el capítulo tercero ya me referí a la tesis social. Aquí, como decía, presté atención a la teoría de Raz para mostrar que la idea de validez como pertenencia es insuficiente. Porque como dice Raz

⁷⁴ Ídem., p. 194.

⁷⁵ Ídem., pp. 195 y 196.

la validez también puede depender de la aplicabilidad de la norma. En fin, para Raz, como se vio validez significa que una norma jurídica tiene efectos normativos. Así, según Raz, norma válida es una norma obligatoria. Y es obligatoria, si la norma pertenece al sistema jurídico o bien, si es aplicable en él, aunque no pertenezca. Lo interesante, por otro lado, es que decir como lo hace Raz que una norma válida es aquella que tiene efectos jurídicos es otra forma de explicar la validez. Me refiero a la idea de validez como obligatoriedad⁷⁶. Esta, por ejemplo, es la tesis de Kelsen hablando de las normas jurídicas.

1.2.Validez como existencia específica y la norma fundante

Kelsen defiende que validez es “existencia específica”⁷⁷. Esto es, para Kelsen, que una norma vale quiere decir que obliga⁷⁸. Así, validez es obligatoriedad⁷⁹. Se trata, por otro lado, de un deber ser⁸⁰. Kelsen admite que como se vio al hablar de validez se puede hacer referencia al sistema jurídico o bien, a las normas jurídicas⁸¹. En este último caso,

⁷⁶ E. BULYGIN, “Tiempo y validez” (1982), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 196; *Id.*, “Validez y positivismo” (1987), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 499-519, en especial p. 509 (E. BULYGIN, “Validez y positivismo”, *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, 1987); *Id.* y D. MENDONCA, *Normas y sistemas normativos*, cit., p. 84; R.A. CARACCIOLO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 23; M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, cit., pp. 134 y 135; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., p. 60; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (1960), Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1979, p. 410; G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1948), trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, 4ª ed., México, 1974, p. 49; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 18.

⁷⁷ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 35; *Id.*, *Teoría General del Estado* (1925), trad. de L. Legaz y Lacambra, Nacional, 15ª ed., México, 1979, p. 136 (H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, 1925); *Id.*, *Teoría General de las Normas* (1979), trad. de H.C. Delory Jacobs, Trillas, México, 1994, pp. 21 y 45 (H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzschke-Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1979); e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 23 y 225.

⁷⁸ H. KELSEN, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 91-117, en especial p. 93 (H. KELSEN, “Der Begriff der Rechtsordnung”, *Logique et Analyse*, núms. 3-4, 1958); *Id.*, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 286; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 35 y 46; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 201.

⁷⁹ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., pp. 469 y 470; C.S. NINO, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica* (1979), Fontamara, 2ª ed., México, 1995, p. 24; *Id.*, “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen” (1978), trad. de C. Rosenkrantz, en *Id.*, *La validez del Derecho* (1974-1984), Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 7-27, en especial pp. 8, 9 y 24; J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 287; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 18 y 19.

⁸⁰ L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 21.

⁸¹ S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, cit., p. 8.

sin embargo, se ha señalado que Kelsen utiliza el término validez en otros sentidos⁸². Me refiero, por ejemplo, a la explicación de la validez de las normas jurídicas como pertenencia al sistema⁸³. Es decir, parece que en la teoría de Kelsen norma válida es una norma obligatoria y norma válida es una norma que pertenece. A ello me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa prestar atención a la relación entre validez y eficacia en la teoría de Kelsen.

Se ha sostenido, como ya se dijo, la idea de validez como eficacia. Es decir, una norma es válida si y en la medida en que es eficaz. Señalé que en contra de esta postura se ha defendido que es necesario distinguir entre el sistema jurídico y las normas jurídicas. Lo que se quiere decir entonces es que hablando del sistema jurídico parece que validez y eficacia se identifican. Porque para que un sistema jurídico sea válido requiere ser eficaz, por lo menos en términos generales. En cambio, una norma jurídica puede ser válida sin ser eficaz o bien, una norma puede ser eficaz sin ser válida. Pues bien, como decía en lo que sigue prestaré atención a la relación entre validez y eficacia en la teoría de Kelsen. Conforme al planteamiento de Kelsen, se puede hablar de eficacia respecto del sistema jurídico⁸⁴, la Constitución o bien, de las normas jurídicas. La eficacia del sistema jurídico, según Kelsen, se traduce “tanto en el acatamiento fáctico de las normas, es decir, en el cumplimiento de las normas jurídicas que estatuye, como en la aplicación de las normas jurídicas, es decir, en la ejecución de las sanciones que estatuyen”⁸⁵. O, lo que es lo mismo, para Kelsen: “[d]ecir que un orden jurídico es “eficaz” significa simplemente que la conducta de la gente se ajusta a dicho orden”⁸⁶. La eficacia de una Constitución, por otro lado, quiere decir que “las normas establecidas conforme a ella son aplicadas y acatadas en términos generales”⁸⁷. La eficacia de las normas jurídicas,

⁸² R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., pp. 59 y 60; y C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica...*, cit., p. 42.

⁸³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, cit., pp. 61-86, en especial p. 64; R.A. CARACCILO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 35; P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., p. 8; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., p. 47; y L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 132. En contra de la idea de validez como pertenencia en la teoría de Kelsen, véanse M.J. FARÍÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, cit., p. 50; C.S. NINO, “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen” (1978), trad. de C. Rosenkrantz, en *Id.*, *La validez del Derecho*, cit., p. 13; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 45.

⁸⁴ J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 60.

⁸⁵ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 130.

⁸⁶ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 28.

⁸⁷ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 219.

finalmente, no es otra cosa más que el hecho de que una norma sea observada⁸⁸ o bien, en palabras de Kelsen, “el hecho de que la conducta de los hombres que las normas prescriben como debida se adecue hasta cierto punto a estas normas”⁸⁹.

Adecuarse hasta cierto punto no implica, sin embargo, que una norma sea cumplida siempre, según Kelsen, “significa solamente que es cumplida y aplicada *en gran medida*”⁹⁰ o bien, que “debe tener cierto grado de eficacia, es decir, debe ser de hecho generalmente aplicada y obedecida”⁹¹. Lo mismo puede decirse respecto del sistema jurídico. Este, de acuerdo con Kelsen, debe ser eficaz “hasta cierto grado”⁹² o bien, “mayormente eficaz”⁹³. Lo interesante es que, para Kelsen, estos hechos son condiciones de la validez. Según Kelsen: “[e]s claro que el ordenamiento jurídico debe ser válido y que lo es si es realmente eficaz, es decir, si resulta observado por aquellos que están sujetos a él”⁹⁴. Dicho de otra forma, para Kelsen: “[e]s correcto sostener que sólo se considera válido aquel orden normativo que, a grandes rasgos y en general, es eficaz”⁹⁵. En cambio, hablando de una norma jurídica aislada, Kelsen sostiene que: “[u]na norma general puede ser más o menos efectiva, es decir, ser obedecida o no obedecida en más o menos casos. Pero su validez no se identifica con su efectividad. Aunque no sea obedecida en un caso concreto y no sea, por tanto, efectiva en ese caso, es válida, y sólo si es válida puede ser desobedecida”⁹⁶.

Es cierto que en la teoría de Kelsen validez no se identifica con eficacia⁹⁷. En efecto, según Kelsen, no está justificado identificar la validez de un sistema jurídico o bien, de las normas jurídicas con su eficacia⁹⁸. En palabras de Kelsen: “[p]uesto que la

⁸⁸ H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 21.

⁸⁹ H. Kelsen, “Una teoría ‘realista’ y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vásquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 7-46, en especial p. 22 (H. Kelsen, “Eine ‘Realistische’ und die Reine Rechtslehre (Bemer Kungen zu Alf Ross: On Law and Justice)”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Tomo X, volumen 1, 1959, Viena).

⁹⁰ H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 144.

⁹¹ H. Kelsen, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 95.

⁹² H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 113.

⁹³ H. Kelsen, *¿Una nueva ciencia de la política?...*, cit., p. 76.

⁹⁴ H. Kelsen, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 215.

⁹⁵ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 101.

⁹⁶ H. Kelsen, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 286.

⁹⁷ L. Recaséns Siches, “Estudio Preliminar” (1934), a H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 20.

⁹⁸ H. Kelsen, “Teoría del Derecho”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., pp. 11-267, en especial p. 132 (H. Kelsen, *The Communist Theory of Law*, Nueva York, Frederick Praeger, 1955).

validez de una norma no es algo real, corresponde distinguir su validez de su eficacia, esto es, del hecho real de que ella es aplicada y obedecida en los hechos, de que se produzca fácticamente una conducta humana correspondiente a la norma. Que una norma valga quiere decir algo distinto a afirmar que ella es aplicada y obedecida en los hechos, aun cuando entre la validez y la efectividad pueda constituirse cierta relación”⁹⁹. Validez y eficacia en la teoría de Kelsen, como se ha insistido, no se identifican. Además, porque según Kelsen: “[l]a validez es una cualidad del [D]erecho; la llamada eficacia, una cualidad de la conducta real de los hombres y no, como parece sugerirlo el uso lingüístico, del [D]erecho mismo”¹⁰⁰. Pero, como se acaba de decir, Kelsen defiende por una parte que entre validez y eficacia existe una relación. La “eficacia es condición de la validez”¹⁰¹. Y por otra, que para hablar de la relación entre validez y eficacia es necesario distinguir entre el sistema jurídico¹⁰² y una norma jurídica aislada. Lo interesante en mi opinión es que conviene reiterar que según el planteamiento de Kelsen validez y eficacia nunca se identifican. Pero la eficacia sí es una condición de la validez. Esto es así, si se habla del sistema jurídico o bien, de una norma jurídica aislada. Si se habla del sistema jurídico, la eficacia es una condición de la validez, porque para que un sistema sea válido debe ser eficaz. En el caso de una norma jurídica aislada, en cambio, parecería que la eficacia de la norma no es condición de su validez, pues una norma puede ser válida sin ser eficaz o bien, ser eficaz sin ser válida. Pero la eficacia del sistema jurídico al que pertenece esa norma sí es condición de su validez. En efecto, según Kelsen: “[l]a eficacia del orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran [...] La eficacia del orden jurídico total es una condición, no la razón de validez de las normas que lo constituyen”¹⁰³. El problema ahora es elucidar cuál es para Kelsen esa “razón de validez” de las normas jurídicas.

Como ya señalé, sobre la validez se puede preguntar qué es o bien, cuál es su fundamento. En relación con lo primero, es decir, qué es la validez, para Kelsen como se vio validez es obligatoriedad. Aunque se discute si también es pertenencia. Como se acaba de decir, por otro lado, según la teoría de Kelsen, validez no debe confundirse con eficacia. Pero sí reconocer que entre ellas existe una relación. La eficacia es condición de

⁹⁹ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24.

¹⁰⁰ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 46.

¹⁰¹ H. Kelsen, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 49; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 223 y 224.

¹⁰² H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 59 y 60.

¹⁰³ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 140.

la validez. Ahora bien, sobre el fundamento o razón de la validez, esto es, de acuerdo con Kelsen, “la respuesta a la pregunta por qué las normas de [un] orden jurídico deben ser acatadas y aplicadas”¹⁰⁴, Kelsen dice que el fundamento de validez de una norma “sólo puede ser otra norma”¹⁰⁵. Esta según Kelsen es una norma superior¹⁰⁶. Que establece el órgano y el procedimiento para crear la norma inferior¹⁰⁷. Así, para Kelsen, el sistema jurídico “no es una pluralidad de normas válidas yuxtapuestas sino una estructura jerárquica”¹⁰⁸. Es decir, “una construcción escalonada de normas supra y subordinadas”¹⁰⁹ o bien, una “serie escalonada o graduada”¹¹⁰ de normas. En que una norma es fundamento de validez de otra. O, mejor dicho, se trata de una estructura en que la validez de una norma deriva de la validez de otra norma. Así, como dice Raz, en el planteamiento de Kelsen es posible hablar de una “cadena de validez”¹¹¹.

En efecto, como se sabe, Kelsen explica que en un sistema jurídico el fundamento de validez de un reglamento es la ley. Si se pregunta por el fundamento de validez de la ley, este es la Constitución. Si se pregunta por el fundamento de validez de la Constitución, este es una “primera Constitución”¹¹² o, lo que es lo mismo, “una Constitución que es históricamente la primera”¹¹³. Pero, advierte Kelsen, como “la búsqueda del fundamento de validez de una norma no puede proseguir hasta el infinito, como la búsqueda por la causa de un efecto. Tiene que concluir en una norma que supondremos la última, la suprema”¹¹⁴. Así, si se cuestiona por el fundamento de validez de la primera Constitución, este es una norma fundante. Para distinguir a la Constitución de esta norma, Kelsen llama a la primera, esto es, a la Constitución positiva “Constitución

¹⁰⁴ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 223.

¹⁰⁵ H. Kelsen, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 94; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 201.

¹⁰⁶ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 201.

¹⁰⁷ M.J. Fariñas Dulce, *El problema de la validez jurídica*, cit., p. 57; y J.A. Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 46.

¹⁰⁸ H. Kelsen, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 99.

¹⁰⁹ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 208.

¹¹⁰ H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 190.

¹¹¹ J. Raz, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 126 (J. Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, 2n Ed., Oxford, 1980).

¹¹² H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 138.

¹¹³ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 135.

¹¹⁴ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 202.

en sentido jurídico positivo”¹¹⁵ o bien, “Constitución jurídico-positiva”¹¹⁶. Y a la segunda, es decir, a la norma fundante “Constitución en sentido lógico jurídico”¹¹⁷.

Lo interesante es que en todo caso la norma fundante, según Kelsen, “se refiere, inmediatamente a una determinada [C]onstitución, efectivamente impuesta, producida por la costumbre o promulgada expresamente, eficaz en términos generales, y mediatamente al orden coactivo producido conforme a esa [C]onstitución, también eficaz en términos generales, en tanto da fundamento a la validez de esa [C]onstitución y al orden coactivo producido de conformidad con ella. La norma fundante básica, por lo tanto, no es el producto de una libre invención”¹¹⁸. O, lo que es lo mismo, Kelsen sostiene que la norma fundante “no es un producto arbitrario de la imaginación del jurista. Su contenido se encuentra determinado por los hechos”¹¹⁹. A la tesis de la norma fundante me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me ocuparé primero de su relación con la Constitución.

La Constitución, según Kelsen, es la norma superior de un sistema jurídico¹²⁰. Es decir, para Kelsen, está ubicada en “el estrato superior jurídico positivo”¹²¹. O, lo que es lo mismo, de acuerdo con Kelsen, “la Constitución representa el nivel más alto dentro del [D]erecho nacional”¹²². Se trata, por otro lado, dice Kelsen, del “fundamento jurídico positivo del Derecho”¹²³ o bien, “forma la base del orden jurídico nacional”¹²⁴. La Constitución, para Kelsen, es lo “que crea la unidad del Estado”¹²⁵. Pues bien, como se acaba de señalar, Kelsen distingue entre la norma fundante y la Constitución. Sobre su relación, como dice Ansuátegui, “ya lo sabemos, Kelsen sitúa en la cúspide de su pirámide a la Constitución (norma superior puesta) que a su vez recibe fundamento de otra instancia

¹¹⁵ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 139.

¹¹⁶ H. KELSEN, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 97.

¹¹⁷ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 139; *Id.*, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 97; e *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., p. 326.

¹¹⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 208 y 209.

¹¹⁹ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 141.

¹²⁰ J.A. GARCÍA AMADO, “Estudio Preliminar”, a H. KELSEN, *El Estado como integración: Una controversia de principio* (1930), trad. de J.A. García Amado, Tecnos, Madrid, 1997, pp. IX-XXI, en especial pp. X y XI (H. KELSEN, *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, 1930).

¹²¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 232.

¹²² H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 146 y 147.

¹²³ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 6.

¹²⁴ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 306.

¹²⁵ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 253.

normativa, la *Grundnorm* (norma superior *supuesta* o norma hipotética fundamental)”¹²⁶. En lo que sigue como decía prestaré atención a la relación entre la norma fundante y la Constitución. Mostraré la manera en que la norma fundante fundamenta la Constitución. Después me ocuparé de la idea de Constitución en la teoría del Kelsen.

Como se vio, Kelsen dice que la norma fundante es la Constitución en sentido lógico jurídico. Esta, según Kelsen, “instituye un órgano creador del Derecho”¹²⁷. O, lo que es lo mismo, para Kelsen, la norma fundante determina a la autoridad encargada de crear Derecho¹²⁸. Este órgano o autoridad que establece la norma fundante se trata dice Kelsen del “órgano legislativo supremo”¹²⁹ o bien, del “órgano primario creador del Derecho, es decir, el órgano constituyente que ha de determinar la base del sistema jurídico”¹³⁰. Esta norma, en fin, no es otra cosa más que “la instauración del hecho fundante de la producción de [D]erecho”¹³¹. Aquí inicia el proceso de creación de Derecho. Porque la Constitución en sentido jurídico positivo, por su parte, surge en el momento en que aquel órgano o autoridad establece las normas que regulan la legislación. Esto es, según Kelsen, “la creación de *normas generales*”¹³². Así, dice Kelsen, se trata de la norma “reguladora de la creación de los grados superiores de normas jurídicas”¹³³. De este modo queda claro, de acuerdo con Kelsen, que: “[p]or el término “[C]onstitución”, en el sentido material más amplio de la palabra, hay que entender una norma o un conjunto de normas que regulan la creación de las otras”¹³⁴. Dicho de otra forma, Kelsen sostiene que “por [C]onstitución de una comunidad jurídica se entiende la norma, o las normas, que determinan cómo han de producirse -es decir, qué órganos y conforme a qué procedimiento-, sea mediante actos legislativos de intención expresa, en especial, la legislación, sea mediante la costumbre, las normas generales del orden jurídico constitutivo de la comunidad”¹³⁵. Pero no sólo ello, sino que además no debe perderse de vista que, en palabras de Kelsen: “[l]o que se entiende ante todo y siempre por [C]onstitución -y la noción coincide bajo este prisma con la forma de Estado- es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el

¹²⁶ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., pp. 69 y 70.

¹²⁷ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 325.

¹²⁸ H. KELSEN, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 252.

¹²⁹ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 409.

¹³⁰ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 191.

¹³¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 206.

¹³² H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 191.

¹³³ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 409.

¹³⁴ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 191.

¹³⁵ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 206.

momento en que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales, de los tribunales y de las autoridades administrativas. Esta regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en el sentido propio, originario y estricto de la palabra”¹³⁶.

Lo hasta aquí dicho sobre la Constitución, corresponde a lo que Kelsen denomina “Constitución en sentido material”¹³⁷. Esta es la norma que regula la creación de normas generales. Hablando de este tipo de Constitución, Kelsen distingue entre “Constitución en sentido estricto” y “Constitución en sentido amplio”¹³⁸. La primera, es decir, la Constitución en sentido estricto se refiere a las normas sobre los órganos superiores. Y la segunda, esto es, la Constitución en sentido amplio regula las relaciones de los súbditos con el poder estatal. Kelsen, por otro lado, distingue entre la Constitución en sentido material y la “Constitución en sentido formal”¹³⁹. Esta es el documento denominado Constitución. Se trata de un conjunto de normas jurídicas sujetas a un procedimiento de rigidez constitucional. Es decir, para Kelsen: “[s]e habla de [C]onstitución en sentido formal cuando se hace la distinción entre las leyes ordinarias y aquellas otras que exigen ciertos requisitos especiales para su creación y reforma [...] El concepto formal de [C]onstitución sirve para distinguir, dentro de la función legislativa, entre la legislación ordinaria y la legislación constitucional”¹⁴⁰. La Constitución en sentido formal, sin embargo, según Kelsen, contiene “normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes”¹⁴¹. Se trata, por ejemplo, de los derechos fundamentales. A ello me referiré en el tercer apartado de este capítulo, a propósito de la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen. Aquí, en cambio, me interesa avanzar que, de acuerdo

¹³⁶ H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 109-155, en especial pp. 114 y 115 (H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, XXXV, 1928).

¹³⁷ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 147 y 336.

¹³⁸ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 193; e *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., p. 330.

¹³⁹ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 147.

¹⁴⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 330.

¹⁴¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 233.

con el planteamiento de Kelsen, la norma fundante determina el órgano y, en su caso, el procedimiento adecuado para crear Derecho¹⁴², pero no su contenido¹⁴³.

En efecto, en palabras de Kelsen: “[l]a norma básica es la *determinación básica de la creación del orden jurídico*. No determina en modo alguno el contenido de la Constitución, esto es, el de las normas establecidas por el acto constituyente y el de las normas que de acuerdo a la Constitución han de ser creadas. El contenido de estas será determinado exclusivamente por los actos que las establezcan y estos pueden tener cualquier contenido”¹⁴⁴. Kelsen defiende que “el orden jurídico puede admitir cualquier contenido deseado”¹⁴⁵. Así, como advierte Cuenca, en el planteamiento de Kelsen: “[l]a cuestión del contenido de las normas jurídicas es un problema frente al que la norma fundamental se muestra indiferente dejando su determinación al proceso de creación del [D]erecho”¹⁴⁶. Lo interesante es que el neoconstitucionalismo niega que el Derecho del Estado constitucional pueda tener cualquier contenido. Efectivamente, el argumento objeto del presente capítulo viene a decir que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar este tipo de sistema jurídico, porque en el Derecho del Estado constitucional no es admisible decir como parece hacerlo Kelsen que el Derecho puede tener cualquier contenido. Si, como se ve, este argumento se formula frente a la teoría de Kelsen, insisto en que está justificado referirme aquí a su planteamiento. Pero más adelante desarrollaré este argumento. Aquí, en cambio, me interesa avanzar sobre otros aspectos de la teoría de Kelsen.

Recuérdese que en este subapartado estoy mostrando las respuestas de Kelsen a los problemas de la validez de las normas y del sistema jurídico. En relación con su fundamento, Kelsen defiende la tesis de la norma fundante. Como se sabe, esta norma ha recibido diferentes denominaciones. Me refiero, por ejemplo, a que para expresar esta idea Kelsen la llama *Grundnorm* o bien, “norma base”, “norma básica”, “norma fundamental”, “norma fundamental hipotética”, “norma fundamental presupuesta”, “norma fundante”, “norma fundante básica” y, entre otras, “norma fundante presupuesta”.

¹⁴² Ídem., p. 103.

¹⁴³ J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 52.

¹⁴⁴ H. KELSEN, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id., Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 98.

¹⁴⁵ H. KELSEN, “Dios y Estado” (1923), trad. de U. Schmill, en *Id., Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., p. 57.

¹⁴⁶ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., p. 79.

Consciente sin embargo de esta variedad de denominaciones, Kelsen en réplica a una conocida objeción a su teoría, responde que: “[e]sos términos se refieren al mismo ente que el propio profesor Stone parece suponer al formular su pregunta. [La opinión de Kelsen] ciertamente, es que son semánticamente adecuados para mencionar la misma cosa; si no fuera así [dice Kelsen] no los usaría de ese modo”¹⁴⁷.

Aquí convendré en que se trata de una norma fundante. En lo que sigue me referiré a ella. Pero quizás lo primero que convenga decir, siguiendo a Hart, es que: “[l]os lectores de Kelsen deben recordar que en todas las versiones de su teoría [Kelsen] se adhiere al punto de vista de que lo que da unidad a diferentes leyes en un solo sistema es una norma básica [*basic norm*] y esto es así porque todas las leyes positivas del sistema, de acuerdo con [Kelsen] derivan su validez directa o indirectamente de esta norma básica. La norma básica, de acuerdo con Kelsen, a diferencia de las otras normas del sistema, no es una norma positiva o creada: a diferencia de las otras leyes del sistema (leyes positivas) no deriva su validez de otras leyes. Es una norma “presupuesta”, que es “la razón de la validez” de la Constitución; esta puede ser formulada como “uno debe comportarse como la Constitución lo prescribe”, y es presupuesta por cualquiera que sostenga que la Constitución es una norma válida”¹⁴⁸. En efecto, como nos recuerda Hart, para Kelsen, la norma fundante es una norma no positiva sino presupuesta¹⁴⁹. Se trata, dice Kelsen, de una “norma hipotética”¹⁵⁰, “norma pensada”¹⁵¹, “norma simulada”¹⁵² o bien, de una

¹⁴⁷ H. KELSEN, “El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho” (1965), trad. de R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 75.

¹⁴⁸ H.L.A. HART, “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law” (1968), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 309-342, en especial p. 338 (H.L.A. HART, “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, *Ethics and Social Justice*, edited by Howard E. Kiefer and Milton K. Munitz, 1968-1970, State University of New York Press, Albany, New York).

¹⁴⁹ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 137 y 138; *Id.*, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 96; *Id.*, “El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho” (1965), trad. de R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 65; *Id.*, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 80 y 81; *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., p. 165; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 36, 59, 202 y 243. Al respecto de la idea de norma presupuesta en la teoría de Kelsen, véanse R. ALEXI, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., pp. 25 y 26; N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 204; E. BULYGIN, “Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea” (1980), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 371-382, en especial p. 374 (E. BULYGIN, “Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea”, *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1980); y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 52 y 53.

¹⁵⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 135.

¹⁵¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 229.

¹⁵² H. KELSEN, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 251.

“hipótesis jurídica”¹⁵³. Kelsen, sin embargo, reconoce que la norma fundante no es otra cosa más que una “auténtica o “verdadera” ficción”¹⁵⁴.

La norma fundante es norma presupuesta, porque no es establecida por un acto de voluntad o por una autoridad, cuya competencia se basa en una norma superior ni conforme a lo determinado por otra norma. Así, respecto de la norma fundante, de acuerdo con Kelsen, “no puede preguntarse por su fundamento de validez”¹⁵⁵. Pero, en todo caso, dice Kelsen, “es presupuesta como válida”¹⁵⁶. Esta norma fundamenta la validez del sistema jurídico¹⁵⁷, así como de las normas pertenecientes a ese sistema¹⁵⁸. Que precisamente porque derivan su validez de esa norma, pertenecen al sistema. Lo que quiere decir, para Kelsen, que la “norma fue producida conforme a la norma fundante básica”¹⁵⁹. O, dicho de otra forma, según Kelsen: “[u]na norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden”¹⁶⁰. En efecto, para Kelsen: “[q]ue una norma pertenece a determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden”¹⁶¹. De aquí la discusión sobre la idea de validez como pertenencia en la teoría de Kelsen. Y su respuesta a lo que Caracciolo denomina el “problema de la identidad de un sistema jurídico”¹⁶².

La norma fundante, en fin, de acuerdo con Kelsen se trata del “último fundamento”¹⁶³ de validez. De este modo, da unidad¹⁶⁴ y carácter jurídico¹⁶⁵ al sistema. Así, la norma fundante explica el concepto de sistema jurídico, porque, según Kelsen: “[t]odas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica,

¹⁵³ H. Kelsen, “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. VII.

¹⁵⁴ H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 251.

¹⁵⁵ H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, cit., p. 136.

¹⁵⁶ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 224.

¹⁵⁷ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 22 y 202; e *Id.*, “Una teoría “realista” y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vázquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 24.

¹⁵⁸ R. Alexy, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 96; y H. Kelsen, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., p. 20.

¹⁵⁹ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 207.

¹⁶⁰ *Ídem.*, p. 243.

¹⁶¹ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 131.

¹⁶² R.A. Caracciolo, *Sistema jurídico...*, cit., p. 34.

¹⁶³ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 36 y 59.

¹⁶⁴ H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 138 y 190; *Id.*, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., pp. 19 y 20; *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., pp. 325 y 342; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 202. Al respecto de la idea de unidad en la teoría de Kelsen, véanse N. Bobbio, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 204; y L. Recaséns Siches, “Estudio Preliminar” (1934), a H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 58.

¹⁶⁵ H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 139.

constituyen un sistema de normas, un orden normativo”¹⁶⁶. Recuérdese que, de hecho, para Kelsen “el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia, por su norma fundante básica”¹⁶⁷. Al concepto de sistema jurídico me referiré en el apartado siguiente. Aquí, en cambio, como ya lo apuntaba citando a Hart, conviene advertir que la norma fundante señala que uno debe comportarse como dice la Constitución.

En la teoría de Kelsen, sin embargo, es posible encontrar diversas formulaciones de esta idea. Por ejemplo, cuando Kelsen dice, según la traducción al castellano, “<comportaos como os ordene la autoridad jurídica -el monarca, la asamblea popular, el parlamento, etc.>: así reza la norma fundamental (simplificándola en honor de la claridad)”¹⁶⁸ o bien, “se debe uno portar como ordena el órgano que establece la primera [C]onstitución”¹⁶⁹. Dicho de otra forma, “debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera Constitución”¹⁷⁰. De este modo, dice Kelsen, “como jurista se supone que así hay que comportarse, como lo prescribe la primera organización histórica”¹⁷¹. O, dicho de otra forma, “la coacción entre los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera [C]onstitución histórica. La norma fundante delega en la primera [C]onstitución histórica el determinar el procedimiento mediante el cual se dictarán las normas que estatuyen actos de coacción”¹⁷². O quizás, en otros términos, “los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y en la manera que estatuyen la primera [C]onstitución histórica del Estado y las normas impuestas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como la [C]onstitución lo prescribe)”¹⁷³.

En este apartado, comencé por señalar que el planteamiento de Kelsen es una teoría general y descriptiva del Derecho. Dije, por otro lado, que validez es un término equívoco. El problema es que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla

¹⁶⁶ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 202. En este sentido, véase H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 130 y 131.

¹⁶⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 243.

¹⁶⁸ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 128.

¹⁶⁹ H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 139.

¹⁷⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 135.

¹⁷¹ H. KELSEN, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 250.

¹⁷² H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 63.

¹⁷³ Ídem., p. 208.

de validez. Así, mostré algunos de los sentidos en los que se ha usado esta palabra¹⁷⁴. Kelsen, por su parte, como se vio defiende que validez es obligatoriedad. Dice además que su último fundamento es la norma fundante. Esta, según Kelsen, determina el órgano y, en su caso, el procedimiento adecuado para crear Derecho. Pero no su contenido. El neoconstitucionalismo como ya se apuntaba objeta esta idea. Este defiende que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, porque en este tipo de sistema jurídico no es verdad que el Derecho pueda tener cualquier contenido. Porque la validez de las normas, además de su creación por el órgano y el procedimiento adecuados, depende de su conformidad con los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución. Dicho de otra forma, para las teorías neoconstitucionalistas la validez de las normas jurídicas depende de criterios

¹⁷⁴ Debo advertir, sin embargo, que por validez también se ha entendido, por ejemplo, “vigencia”. En efecto, L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1959), Porrúa, 12ª ed., México, 1997, p. 155, dice que en esa obra se ha “referido a la *realidad propiamente jurídica* del Derecho, es decir, a la *validez formal* de una norma, o, dicho con otras palabras, al hecho de que esa norma pertenezca al orden jurídico en *vigor*, o, lo que es lo mismo, a lo que suele llamarse *vigencia*”. Pero por validez también se ha entendido “verdad”. Así, A. MARMOR, “Exclusive Legal Positivism”, en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 49-70, en especial p. 50, comienza por señalar que “no debe asumirse que la validez jurídica es coextensiva con la pertenencia de las normas a un sistema legal. La última [la pertenencia] es más restringida; las normas pueden ser jurídicamente válidas incluso si ellas no pertenecen al sistema legal en que deben ser aplicadas”. El ejemplo que da Marmor son las normas del Derecho Internacional Público y Privado. Pero a renglón seguido, Marmor se pregunta ¿las normas jurídicamente válidas son aquellas normas que los jueces (y otros funcionarios) están legalmente obligados a aplicar? Esto, responde Marmor, parece que es un error. Los jueces pueden estar legalmente obligados a aplicar normas u otras consideraciones que no son, por sí mismas, válidas jurídicamente, y viceversa; puede haber normas jurídicamente válidas que los jueces no están obligados a aplicar (por ejemplo, porque el asunto no es justiciable). En este sentido, según Marmor: “[p]arece que la mejor forma de definir la validez jurídica es por su afinidad con la verdad [...] las normas pueden ser jurídicamente válidas o no. La validez jurídica, como la verdad, no admite grados [...] Entonces podemos decir, sin controversia [...] que una norma, digamos N, es jurídicamente válida en el sistema S, al tiempo T, si y sólo si, la proposición –“De acuerdo con el Derecho del sistema S, al tiempo T, N”, es verdad. Parte de lo que está implícito en los fundamentos convencionales del Derecho es que las verdaderas condiciones de proposiciones de este tipo son reductibles a verdades acerca de convenciones sociales combinadas con verdades acerca de hechos o eventos particulares” (pp. 50 y 51). Otra explicación sobre el término validez es, por ejemplo, la propuesta por J. HABERMAS, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (1992), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2005, p. 172 (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 y 1994), al afirmar que: “[v]álidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales”. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 12, por su parte, defiende que: “[e]l hecho de que determinados derechos fundamentales tengan validez significa que todas las estructuras necesarias, y algunas de las posibles, de los derechos fundamentales han cobrado realidad”. Uno de los sentidos, finalmente, en los que como decía se ha usado el término validez es como obligatoriedad. En contra, N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho* (2007), trad. de F. Atria y S. Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 207 (N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007), dice que: “[l]a apreciación de la dimensión validez/invalides tiene relación con la satisfacción de las condiciones preestablecidas que rigen el ejercicio de una potestad. El que algo sea vinculante, sin embargo, es algo diferente a que sea válido, si bien es una de las consecuencias de la validez”.

formales y de criterios materiales. Si esto es así, el neoconstitucionalismo termina por afirmar que el Derecho es un sistema mixto. El problema, sin embargo, es que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de “sistema jurídico”, por lo que estimo pertinente prestar atención a esta cuestión.

2. El concepto de sistema jurídico y la tesis del Derecho como sistema normativo mixto

Esta investigación, como se ha insistido, es una defensa de la comprensión de la Teoría del Derecho de Hart como la mejor explicación del Derecho del Estado constitucional, que se formula a partir de la respuesta que se ofrece a algunos de los argumentos del neoconstitucionalismo para sostener la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar este tipo de sistema jurídico. Como se acaba de decir, uno de estos argumentos es que según las teorías neoconstitucionalistas no es verdad que el Derecho pueda tener cualquier contenido. Porque la validez de las normas depende de criterios formales y materiales. El Derecho es un sistema mixto. En mi opinión, este argumento se formula como una objeción a la teoría de Kelsen. Por ello, debo reiterar que considero pertinente referirme aquí a esta teoría. Digo que este argumento se formula como una objeción a la teoría de Kelsen, porque la tesis del Derecho como sistema normativo mixto es una reacción frente a la distinción de Kelsen entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos, y a su tesis de que el Derecho es un sistema dinámico. Si, como ya se dijo, la tesis del Derecho como sistema normativo mixto es el objeto del presente apartado, creo que conviene referirme a estas ideas de Kelsen. Pero primero como decía estimo necesario prestar atención al concepto de sistema jurídico (2.1.), para después mostrar este concepto y la distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos en la teoría de Kelsen (2.2.). Finalmente, abordaré la tesis del Derecho como sistema normativo mixto (2.3.).

Me inclino a pensar que es necesario abordar aquí el concepto de sistema jurídico. Porque quizás sea verdad que uno de los rasgos del positivismo jurídico, por lo menos, en las variedades de Kelsen y Hart es la concepción sistemática del Derecho. Así, coincido con Cuenca cuando señala que es “posible afirmar que la visión sistemática

constituye una de las señas de identidad del positivismo jurídico”¹⁷⁵. En el caso de Kelsen, por ejemplo, no debe perderse de vista que, continúa Cuenca, “la doctrina pura resuelve la cuestión de la validez de las normas jurídicas apelando a una concepción sistemática del Derecho”¹⁷⁶. Lo que quiero decir en definitiva es que, en un trabajo como este sobre el positivismo jurídico, pienso que debe abordarse el concepto de sistema jurídico. Y es que además este punto de partida me permitirá mostrar más adelante la distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos. Lo interesante, por otro lado, es que tal vez la cuestión es que algunas teorías neoconstitucionalistas, en su crítica al positivismo, dejan de amoldarse a la concepción sistemática. Pienso, por ejemplo, en los planteamientos de Zagrebelsky o Dworkin. Por ello, insisto en que está justificado empezar con una reflexión sobre el concepto de sistema jurídico, para después detenerme como señalé en la respuesta de Kelsen a este problema, sin que deba perderse de vista que el planteamiento de Hart sobre la concepción sistemática ya se mostró en el capítulo primero.

2.1.El concepto de sistema jurídico

El problema es elucidar el término “sistema”. Stammler, por ejemplo, dice que “es una unidad articulada y exhaustiva”¹⁷⁷. En este sentido, Bobbio afirma que sistema es “una *totalidad ordenada*, o sea un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden”¹⁷⁸. Prieto, por su parte, reconociendo que como se acaba de apuntar no está claro qué se quiere decir cuando se habla de sistema, viene a señalar que, en efecto: “[a]unque a veces la palabra se emplea con una cierta imprecisión, por sistema cabe entender un conjunto de elementos que forman una estructura merced a que existe algún tipo de relación entre ellos”¹⁷⁹. Moreso y Vilajosana están de acuerdo. Pero, precisan que: “[u]n sistema es un conjunto de elementos relacionados entre sí (técnicamente se dice así: un

¹⁷⁵ P. CUENCA GÓMEZ, *Una aproximación a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, cit., p. 5.

¹⁷⁶ P. CUENCA GÓMEZ, *La relación entre el Derecho y el poder en la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen*, cit., p. 276.

¹⁷⁷ R.F. STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho* (1922), trad. de W. Roces, Reus, Madrid, 2007, p. 422.

¹⁷⁸ N. BOBBIO, “Teoría del ordenamiento jurídico” (1960), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 180.

¹⁷⁹ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 105.

conjunto más una estructura, la cual define las relaciones que se dan entre los elementos del conjunto)”¹⁸⁰.

En relación con el Derecho, por otro lado, debo advertir que tampoco está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de sistema jurídico¹⁸¹. Digo esto porque es posible distinguir entre ordenamiento jurídico, orden jurídico y sistema jurídico. Existe cierto consenso¹⁸², por ejemplo, sobre la idea de que el primero, es decir, el ordenamiento jurídico es sinónimo del Derecho de un Estado. Orden jurídico, en cambio, se ha sostenido que “expresa el resultado o efecto general del Derecho, que se traduce en una ordenación u organización de la coexistencia social. No se trata de un orden cualquiera, sino precisamente del que deriva de la existencia del ordenamiento jurídico”¹⁸³. Aunque se ha defendido también que orden jurídico no es más que el Derecho de una sociedad¹⁸⁴. Prieto, por su parte, distingue entre sistema jurídico y orden jurídico. Así, según Prieto: “[s]i con la expresión <sistema jurídico> nos referimos a un conjunto de normas en un momento determinado (algo así como una foto fija) con el nombre de <orden jurídico> designamos la sucesión de sistemas jurídicos en un período de tiempo (algo así como un documental)”¹⁸⁵. Caracciolo coincide con Prieto en esta idea. En efecto, Caracciolo afirma que “el orden jurídico puede ser entendido como un conjunto de conjuntos de normas que se suceden temporalmente”¹⁸⁶. No obstante, insisto en que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de sistema jurídico, porque es posible defender que no hay diferencia alguna entre ordenamiento jurídico, orden jurídico, sistema jurídico e, incluso, Derecho. No creo, sin embargo, que sea necesario discutir aquí esta idea. Me interesa, en cambio, advertir que en esta investigación hablaré de sistema jurídico.

Es cierto, como nos recuerda Barranco, que: “[l]as pretensiones de construir un sistema jurídico tienen sus orígenes en los siglos XVII-XVIII cuando se intenta conformar

¹⁸⁰ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 95.

¹⁸¹ B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 77.

¹⁸² R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho: (Introducción al estudio del Derecho)* (1974), Civitas, 6ª ed., Madrid, 1993, p. 174; N. BOBBIO, “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho”, trad. de A. Ruiz Miguel, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., pp. 48-59, en especial p. 56; N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 71; y M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 144.

¹⁸³ R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho...*, cit., p. 177.

¹⁸⁴ R.A. CARACCIOLO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 20; y H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho...*, cit., p. 73.

¹⁸⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 112.

¹⁸⁶ R.A. CARACCIOLO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 19.

la Ciencia Jurídica al modelo de la Geometría a través, precisamente, de la idea de sistema”¹⁸⁷. Pero es verdad también, como señala Caracciolo, que: “[e]s notorio que la idea según la cual el material normativo, constitutivo de un orden jurídico, tiene que ser reconstruido en términos de la noción de <sistema> es todavía un marco conceptual básico aceptado en la [T]eoría del [D]erecho contemporánea”¹⁸⁸. Por ello, como se acaba de decir, en este trabajo hablaré de sistema jurídico, sin que estime necesario detenerme en los orígenes de este concepto. Estipularé, siguiendo a Prieto, que un sistema jurídico no es otra cosa más que un conjunto de normas en un momento determinado. Pero, como advierte Prieto, debe quedar claro que “decir que el Derecho es un sistema no significa decir que el Derecho español o el francés funcionen efectivamente como un sistema, sino que podemos intentar concebirlos como tal; es decir, que podemos aplicar la noción de sistema al Derecho positivo, aunque sólo sea para concluir que el Derecho positivo no es un sistema [...] La sistematización del Derecho es, por tanto, una actividad teórica”¹⁸⁹, que hoy en día es útil. En efecto, según Prieto, “la concepción sistemática del Derecho sigue siendo fecunda, no tanto para descubrir cómo son las cosas en la realidad, sino porque nos permite construir un modelo teórico para mejor comprender esa realidad”¹⁹⁰.

La relevancia de la concepción sistemática del Derecho ha sido defendida también por C.E. Alchourrón y E. Bulygin. En efecto, en *Normative Systems*¹⁹¹, por ejemplo, dicen que la sistematización de las disposiciones jurídicas tradicionalmente ha sido considerada como una tarea importante, que corresponde tanto al legislador como al científico del Derecho. Para Alchourrón y Bulygin, por otro lado, todo conjunto de normas jurídicas es un sistema normativo. En sus palabras: “[u]n conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es, pues, un *sistema normativo*”¹⁹². El sistema jurídico es una subclase de sistema normativo. Alchourrón y Bulygin llaman “*ordenamiento* al conjunto formado por *todos* los enunciados válidos conforme a un cierto criterio de identificación. La unidad del ordenamiento está dada por el criterio de identificación [...] El concepto de ordenamiento

¹⁸⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 51.

¹⁸⁸ R.A. CARACCILO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 11.

¹⁸⁹ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 106.

¹⁹⁰ Ídem., p. 111.

¹⁹¹ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), trad. de C.E. Alchourrón y E. Bulygin, Astrea, 2ª reimp., Buenos Aires, 1993 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, Library of Exact Philosophy, Volume 5, 1971).

¹⁹² Ídem., p. 92.

es un caso especial -en cierto sentido un caso límite- del concepto más general de *sistema*. En efecto, es el sistema formado por todos los enunciados válidos”¹⁹³. En fin, de acuerdo con Alchourrón y Bulygin, el ordenamiento jurídico es una especie de sistema normativo que, como se acaba de decir, no es otra cosa más que “un sistema formado por todos los enunciados válidos conforme a un criterio de identificación”¹⁹⁴. No es mi propósito, sin embargo, desarrollar la teoría del sistema jurídico de Alchourrón y Bulygin¹⁹⁵. Aquí, en cambio, prestaré atención al hecho de que sostener una concepción sistemática del Derecho como le llama Prieto tiene que ver, por otro lado, con algunas ideas. Me refiero, por ejemplo, a la unidad¹⁹⁶. Hablar de unidad en el sistema jurídico quiere decir que no se trata de un conjunto de normas inconexas. Por el contrario, se trata de un conjunto de normas que forman un sistema. Otra de las ideas relacionadas con el sistema jurídico es la coherencia¹⁹⁷. Esta quiere decir que no existe contradicción entre las normas que

¹⁹³ Ídem., p. 121.

¹⁹⁴ Ídem., p. 138.

¹⁹⁵ C.E. ALCHOURRÓN, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos” (1988), trad. de E. Bulygin, en *Id.* y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 291-301, en especial p. 291 (C.E. ALCHOURRÓN, “Conflicts of Norms and Revision of Normative Systems”, presentado en el Congreso de Miami, 1988); C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “La concepción expresiva de las normas” (1981), trad. de E. Bulygin, en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 121-153, en especial p. 129 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “The Expressive Conception of Norms”, R. Hilpinen (ed.) *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981, 95-124); *Id.*, “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 393-407, en especial pp. 396 y 397 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Sobre el concepto de orden jurídico”, *Crítica*, Vol. III, No. 23, 1976); *Id.*, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit., p. 48; E. BULYGIN, “Teoría y técnica de legislación” (1981), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 409-425, en especial p. 413 (E. BULYGIN, “Teoría y técnica de legislación”, *La Ley*, 46, 1981); e *Id.*, “Tiempo y validez” (1982), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 197.

¹⁹⁶ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., pp. 202 y 203; R.A. CARACCILO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 13; N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 72; A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica* (1997), Tecnos, 11ª ed., Madrid, 2012, pp. 204 y 205; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 113; L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 292; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., pp. 150 y 152; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 144; y VV.AA., “Lección Sexta: El ordenamiento jurídico como sistema. La unidad: la norma de identificación de normas. Sus dimensiones formales y materiales. La coherencia: las antinomias. La plenitud: las lagunas”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., pp. 197-231, en especial p. 198.

¹⁹⁷ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 41; N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 206; E. BULYGIN, “Dogmática jurídica y sistematización del Derecho” (1986), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 465-484, en especial p. 478 (E. BULYGIN, “Legal Dogmatics and the Systematization of Law”, *Rechtstheorie*, Beiheft, 10, 1986); *Id.*, “Teoría y técnica de legislación” (1981), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 417 y 418; R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho*, cit., p. 147; L. FERRAJOLI, “La semántica de la Teoría del Derecho”, trad. de J.J. Moreso Mateos, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 17-74, en especial p. 58; *Id.*, “La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 25-69, en especial p. 39; N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 73; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 105 y 109; A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 206; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 131;

forman el sistema jurídico. Y, finalmente, se dice también que otra idea que tiene que ver con el sistema jurídico es la plenitud¹⁹⁸. Lo que no quiere decir otra cosa más que el

B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., pp. 147 y 409; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 146; y VV.AA., “Lección Sexta: El ordenamiento jurídico como sistema. La unidad: la norma de identificación de normas. Sus dimensiones formales y materiales. La coherencia: las antinomias. La plenitud: las lagunas”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., p. 199. En relación con los criterios para resolver antinomias, véanse C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 406; *Id.*, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 44; N. BOBBIO, “Sobre los criterios para resolver las antinomias” (1964), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 339-353, en especial pp. 339 y 353; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 107; y M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 147-149. La idea de coherencia tiene que ver con el hecho de que las normas no sean contradictorias. Un problema diferente es el que se ha dado en llamar “independencia”. Este se refiere a que las normas no sean redundantes. Al respecto, véanse C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 41 y 42; y E. BULYGIN, “Teoría y técnica de legislación” (1981), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 415.

¹⁹⁸ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., p. 41; *Id.*, “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 404 y 405; R. de ASÍS ROIG, “Estudio Preliminar”, a N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., pp. 11-32, en especial p. 27; N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 211; *Id.*, “Teoría del ordenamiento jurídico” (1960), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 213; E. BULYGIN, “Dogmática jurídica y sistematización del Derecho” (1986), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 478; F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* (1899), s.t., Comares, Granada, 2000, p. 409; N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 72; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 112; A.E. PÉREZ LUÑO et al., *Teoría del Derecho...*, cit., p. 205; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 123; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 447; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 150; VV.AA., “Lección Sexta: El ordenamiento jurídico como sistema. La unidad: la norma de identificación de normas. Sus dimensiones formales y materiales. La coherencia: las antinomias. La plenitud: las lagunas”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., p. 200; y M.M. ZORRILLA RUIZ, “El Derecho como sistema normativo”, en F. LLEDÓ YÁGÜE e *Id.*, *Teoría General del Derecho...*, cit., pp. 55-120, en especial p. 68. En relación con el concepto de laguna, sus tipos y los criterios para su solución, véanse C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., pp. 44, 59, 60, 63, 157 y 158; J.C. BAYÓN MOHÍNO, “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”, en VV.AA., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, pp. 27-73, en especial p. 36; N. BOBBIO, “Aspectos del positivismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., pp. 101-121, en especial p. 115; *Id.*, “Teoría del ordenamiento jurídico” (1960), en *Id.*, *Teoría General del Derecho*, cit., p. 231; E. BULYGIN, “Creación judicial del Derecho”, en VV.AA., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*, cit., pp. 75-94, en especial pp. 81 y 82; *Id.*, “Creación y aplicación del Derecho”, en VV.AA., *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 29-44, en especial p. 38; *Id.*, “Teoría y técnica de legislación” (1981), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 415; L. FERRAJOLI, “La semántica de la Teoría del Derecho”, trad. de J.J. Moreso Mateos, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, cit., p. 58; *Id.*, “La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” (2006), trad. de I. de la Iglesia et al., en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, cit., p. 39; R. GUASTINI, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 235-245, en especial p. 241 (Este texto se publicó además como R. GUASTINI, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 41-52); L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 528; J.J. MORESO MATEOS, “A brilliant disguise: Entre fuentes y lagunas”, en VV.AA., *Lagunas en el Derecho...*, cit., pp. 185-203, en especial p. 194; *Id.* y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 110; J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas” (1979), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 75-103, en especial p. 95 (J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft, 11, 1979, p. 197); L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 325; M. SEGURA

sistema jurídico no tiene lagunas. Debo advertir, sin embargo, que no me detendré en estas ideas. Me interesa, en cambio, avanzar sobre algunas de las explicaciones que se han formulado en relación con el concepto de sistema jurídico.

Como ya se dijo, en esta investigación hablaré de sistema jurídico. Señalé que, siguiendo a Prieto, creo que este no es más que un conjunto de normas en un momento determinado. Debo advertir, sin embargo, que se han defendido diversas explicaciones del concepto de sistema jurídico. Así, por ejemplo, se apunta que: “[d]e sistema jurídico se habla con referencia al cuerpo de normas vigentes, vistas en su ordenación formal y en su unidad armonizadora”¹⁹⁹. O bien, se ha dicho que: “[e]l [D]erecho puede ser contemplado como un conjunto de reglas prescriptivas y reglas conceptuales que contienen todas sus consecuencias lógicas, un *sistema normativo*”²⁰⁰. Tarello, por su parte, distingue entre seis acepciones de sistema jurídico²⁰¹. La primera se refiere a la identidad de fuente. Es decir, forman un sistema las normas que derivan de una misma fuente. La segunda acepción de sistema jurídico, según Tarello, tiene relación con “la derivación material común”. Esto es, forman un sistema las normas que derivan del contenido de una norma. Esta como veremos es la idea de sistema estático en la teoría de Kelsen. La tercera acepción se refiere ahora a “la derivación formal común”. Así, forman un sistema las normas que derivan de una norma a partir de la delegación del poder de producir normas. Se trata como se dirá más adelante de la idea de sistema dinámico conforme al planteamiento de Kelsen. La cuarta acepción tiene que ver con “la común proyección institucional”. Es decir, forman un sistema las normas que regulan una institución. La quinta acepción se refiere a “la comunidad del usuario”. Esto es, forman un sistema las normas usadas por un sujeto. Y finalmente, la sexta acepción de sistema jurídico, de acuerdo con Tarello, se relaciona con el “dato cultural”. Así, forman un sistema las normas que la tradición cultural reúne con alguna finalidad.

Queda claro que el término sistema jurídico es equívoco. Pues, como decía se han formulado diferentes explicaciones. En lo que sigue, sin embargo, me referiré a la postura de Raz. Es cierto que en el capítulo tercero ya avancé parte de su teoría. Pero creo que es

ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 253 y 254; y R.F. STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho*, cit., p. 421.

¹⁹⁹ F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho...*, cit., p. 168.

²⁰⁰ J.J. MORESO MATEOS, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 42.

²⁰¹ G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho*, cit., pp. 144 y 145.

pertinente desarrollar aquí su explicación sobre el sistema jurídico. Por una parte, porque considero que el de Raz es uno de los planteamientos más interesantes sobre este concepto. Y por otra, estimo que es pertinente prestarle atención ya que a partir de él formularé en el apartado siguiente una objeción a la teoría de Hart. En fin, como se acaba de decir, a continuación mostraré algunos aspectos de la postura de Raz sobre el concepto de sistema jurídico.

Raz se refiere a este concepto, por ejemplo, en su tesis doctoral presentada en 1970 en la Universidad de Oxford. Hoy publicada en *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*²⁰². En efecto, esa obra, dice Raz, “es una introducción a un estudio general de los sistemas jurídicos, esto es, al estudio de la naturaleza sistemática del [D]erecho y al examen de los presupuestos e implicaciones que subyacen detrás del hecho de que toda norma jurídica necesariamente pertenece a un sistema jurídico”²⁰³. Una teoría del sistema jurídico, según Raz, es una solución a cuatro problemas. El primero es el problema de la existencia. Es decir, tiene que ver con los criterios de existencia de un sistema jurídico. El segundo es el problema de la identidad y de la membrecía. Este se refiere a los criterios para saber a qué sistema jurídico pertenece una disposición. El tercero es el problema de la estructura. Este se pregunta si los sistemas jurídicos tienen la misma estructura. Y el cuarto es el problema del contenido. Que se cuestiona si los sistemas jurídicos tienen el mismo contenido.

Toda teoría del sistema jurídico, para Raz, debe responder los problemas de la existencia y de la identidad. Esto es así, porque los criterios de existencia e identidad son condiciones necesarias de todo concepto de sistema jurídico. En cambio, a los problemas de la estructura y del contenido se puede dar una respuesta negativa. En el sentido de que los sistemas jurídicos no comparten la estructura ni el contenido. En este contexto, Raz advierte que “una de las principales tesis [de su obra] es que una teoría del sistema jurídico es un prerrequisito para cualquier definición adecuada de “una disposición jurídica” y que todas las teorías existentes sobre el sistema jurídico no son satisfactorias, en parte, porque no se percataron de este hecho”²⁰⁴. En este sentido, según Raz, lo primero que conviene hacer es distinguir entre dos términos. Se trata de disposición jurídica y norma jurídica. Así, dice Raz, ““disposición jurídica” será usada para designar la unidad básica en la que

²⁰² J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit.

²⁰³ Ídem., p. 17.

²⁰⁴ Ídem., p. 19.

un orden jurídico es dividido y “norma jurídica” será usada para designar una disposición jurídica dirigida al comportamiento de los seres humanos imponiéndole deberes o confiriéndole facultades”²⁰⁵.

Pues bien, para Raz, las disposiciones jurídicas tienen una relación interna. En efecto, según Raz: “[m]uchos sistemas normativos, tales como el Derecho, las reglas de las asociaciones voluntarias o de los juegos, contienen conjuntos de normas entrelazadas, esto es, internamente relacionadas”²⁰⁶. Esto quiere decir que una disposición se refiere o presupone la existencia de otra disposición. Las disposiciones jurídicas pueden tener diferentes relaciones. Sin embargo, cuando se pregunta por la estructura del sistema jurídico sólo se presta atención a un tipo de relación. Que no es otra más que la referida relación interna. Esta se presenta si una disposición es una condición para la existencia de otra o bien, si tiene que ver con su significado o aplicación. En palabras de Raz: “[e]n general una norma está internamente relacionada con otra si la existencia de una es parte de una condición suficiente para la existencia de la otra o si el contenido de una sólo puede ser completamente explicado haciendo referencia a la otra”²⁰⁷. La estructura interna de un sistema jurídico no es más que el “patrón” de las relaciones internas entre las disposiciones jurídicas. Otro tipo de relación entre ellas es la que Raz llama “genética”. Esto quiere decir que una disposición es parte del origen de otra disposición. Por ejemplo, se trata de uno de los hechos que se refieren a su creación.

No obstante, aquí me interesa prestar atención al problema de la identidad de los sistemas jurídicos. En *La identidad de los órdenes jurídicos*²⁰⁸, Raz explica que sistema jurídico no es un término técnico. Este se usa cuando se piensa sobre el Derecho, no cuando se aplica. Cuando el teórico define el término sistema jurídico no lo hace en el sentido en el que es usado por legisladores, jueces o abogados, sino como una herramienta para entender la naturaleza del Derecho. Esto no quiere decir, sin embargo, que el teórico no deba proporcionar un concepto que pueda ser usado para solucionar problemas jurídicos. El teórico no pretende elucidar el sentido de un término técnico. Pretende, en cambio, ofrecer a los legisladores, jueces y abogados un concepto que puedan usar para

²⁰⁵ Ídem., p. 101.

²⁰⁶ J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., pp. 129 y 130.

²⁰⁷ Ídem., p. 129.

²⁰⁸ J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos” (1971), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 105-134 (J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos”, *California Law Review*, vol. 59, núm. 3, mayo de 1971, pp. 795-815) (Este texto se publicó además como J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, núm. 19, pp. 139-163).

resolver problemas jurídicos. Para ello, Raz distingue entre dos nociones de unidad del sistema jurídico. Estas son la unidad material y la unidad formal. La primera, es decir, la unidad material reside en las características del sistema jurídico que dependen del contenido de sus disposiciones, así como de la manera de su aplicación. Según Raz, cuando se explican las características de un sistema jurídico no se busca la regulación de cada institución. Se buscan, en cambio, los principios, la estructura institucional y la práctica que informa a ese sistema, proporcionándole su carácter distintivo. De este modo, para Raz: “[s]eparar el problema de la unidad formal del de la unidad material constituye lo que [llama] el primer problema de la identidad de los sistemas jurídicos”²⁰⁹. Este depende como ya se dijo del criterio o criterios que determinan qué disposiciones pertenecen al sistema.

Es necesario, como se vio, dice Raz, distinguir entre el problema de la existencia y el problema de la identidad del sistema jurídico. Los criterios de existencia proporcionan un método para determinar en qué casos una descripción es verdadera. Es decir, para saber si el sistema descrito existe. O, lo que es lo mismo, para Raz: “[e]l problema de existencia es la búsqueda por un criterio para determinar si un pretendido sistema jurídico existe, *i.e.* si un determinado conjunto de enunciados normativos, los que, si son verdaderos, son una descripción completa de un sistema jurídico, es verdadero”²¹⁰. El problema de la identidad, por su parte, tiene dos aspectos. El primero es el alcance o extensión. Y el segundo aspecto es la continuidad. En el primer aspecto, es decir, en el del alcance o extensión, según Raz, nos preguntamos si un contrato o bien, la regulación de una sociedad son parte de un sistema jurídico. El segundo aspecto, esto es, el de la continuidad, en cambio, tiene que ver con el procedimiento por medio del cual un sistema jurídico deja de existir y es reemplazado por otro. Aquí es útil introducir una distinción entre sistema jurídico y sistema jurídico momentáneo. Sobre este último, según Raz, es posible decir que: “[u]n sistema jurídico momentáneo contiene todas las disposiciones jurídicas de un sistema válido en un cierto momento”²¹¹. O, lo que es lo mismo, para Raz: “[u]n sistema jurídico momentáneo es un sistema jurídico en un tiempo determinado”²¹². Aunque, en un trabajo posterior²¹³, Raz viene a precisar que: “[u]n

²⁰⁹ Ídem., p. 107.

²¹⁰ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., p. 243.

²¹¹ Ídem., p. 55.

²¹² J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos” (1971), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 109.

²¹³ J. RAZ, “Postscriptum” (1980), en *Id.*, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., pp. 251-281.

sistema jurídico momentáneo consiste únicamente de las reglas que un cierto sistema de tribunales está obligado a aplicar, de conformidad con sus propias costumbres y prácticas”²¹⁴. El aspecto del alcance o extensión se refiere a los criterios de identidad de este sistema. En palabras de Raz: “[e]l criterio de identidad de los sistemas momentáneos puede ser formulado como sigue: [u]n conjunto de enunciados normativos es una descripción completa de un sistema jurídico momentáneo si, y sólo si (1) cada uno de los enunciados de este conjunto describe el mismo sistema momentáneo (o parte de él) como todos los otros, y (2) todo enunciado normativo que describe el mismo sistema jurídico momentáneo (o parte de él) es implicado por este conjunto”²¹⁵. El aspecto de la continuidad, por otro lado, tiene que ver con los criterios para saber si dos sistemas momentáneos forman parte de un sistema continuo. Estos problemas de identidad son, según Raz, problemas de Teoría del Derecho. La solución es determinar criterios de identidad. Que si tienen “éxito” ofrecerán un método para identificar todo sistema jurídico nacional.

El problema de la identidad, por otro lado, presenta tres cuestiones. La primera es la relación entre existencia y eficacia de una disposición. La segunda cuestión tiene que ver con la creación y aplicación de una disposición. Y la tercera no es otra más que la relación entre Derecho y Estado. Estas cuestiones, para Raz, responden a los problemas de identidad del sistema jurídico. La primera cuestión, es decir, la relación entre existencia y eficacia se refiere a la naturaleza del Derecho. Preguntar si una disposición existe no quiere decir otra cosa más que cuestionar si esa disposición es parte de un sistema jurídico. Esto es así, porque una disposición sólo existe en sistemas jurídicos. La solución a esta primera cuestión, según Raz, “cambia el énfasis hacia las instituciones aplicadoras del [D]erecho y hace del reconocimiento de los órganos aplicadores una condición necesaria de la existencia de las disposiciones jurídicas. Esta vez se hace de la naturaleza institucionalizada de las disposiciones jurídicas una parte indispensable de los criterios de identidad; una disposición jurídica es parte del sistema jurídico sólo si está reconocida por las instituciones jurídicas. Por tanto, el énfasis es dado, más que a las instituciones creadoras del [D]erecho, a las instituciones que lo aplican”²¹⁶. Esto es así por tres razones. En relación con la primera razón, Raz comienza por decir que las

²¹⁴ Ídem., p. 253.

²¹⁵ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., p. 227.

²¹⁶ J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos” (1971), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 116.

instituciones creadoras son importantes en las sociedades modernas. Las instituciones creadoras, sin embargo, no existen, o tienen un papel menor, en las sociedades primitivas. En donde las disposiciones son inmutables o bien, cambian por la costumbre. Las instituciones aplicadoras, en cambio, son un rasgo de toda sociedad. Lo interesante, según Raz, es que: “[u]n órgano jurídico aplicador primario (simplemente “órgano primario”) es un órgano que está autorizado para decidir si el uso de la fuerza en ciertas circunstancias está prohibido o permitido por el [D]erecho. Este concepto es realmente la clave del sistema”²¹⁷. Los rasgos definitorios de estos órganos primarios aplicadores de normas, según Raz, son que: “[e]stos son instituciones con poder para determinar la situación normativa de individuos concretos, a los cuales se exige que ejerzan esos poderes aplicando normas existentes, pero cuyas decisiones son vinculantes aun cuando son incorrectas”²¹⁸. No me detendré en esta última idea. Aquí, en cambio, conviene insistir en que para Raz la existencia de estos órganos es una característica del Derecho. De hecho, según Raz: “[l]a importancia en el [D]erecho de los órganos aplicadores del [D]erecho se manifiesta de varias maneras las cuales deben de ser cuidadosamente separadas. Uno de los aspectos más importantes de sus funciones, el cual, más que cualquier otro, puede estar conectado con una “definición del [D]erecho”²¹⁹.

La segunda razón es que el único medio para saber cuáles son las instituciones y los procedimientos para crear Derecho es determinar qué fuentes son reconocidas por los tribunales. Estos son los únicos que proporcionan la “clave” de los criterios de identidad de un sistema jurídico. Y la tercera razón es que los sistemas jurídicos son “sistemas normativos institucionales”. De hecho, recuérdese que para Raz: “[l]os sistemas jurídicos son hoy el tipo más importante de sistemas institucionalizados”²²⁰. En efecto, se ha sostenido que: “[p]ara Raz el sistema jurídico se concibe como un sistema jurídico institucionalizado, es decir, un sistema de normas que se encuentra organizado en torno a la presencia de un órgano primario, el cual está asociado al sistema judicial”²²¹. Así, en fin, conforme a la teoría de Raz, las instituciones aplicadoras son las que tienen autoridad para determinar en última instancia qué es Derecho. Esta idea tiene que ver con la eficacia.

²¹⁷ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., p. 231.

²¹⁸ J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., p. 156.

²¹⁹ J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., p. 230.

²²⁰ J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., p. 142.

²²¹ E. PEREIRA FREDES, “La Teoría del Derecho como posibilidad: Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de Derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 17, 2012, pp. 83-104, en especial p. 94.

Pero esta, dice Raz, sólo tiene importancia si afecta la práctica de las instituciones aplicadoras.

La segunda cuestión que presentan los problemas de identidad, según Raz, tiene que ver con la creación y aplicación de una disposición. Se trata de la distinción entre crear una nueva disposición y aplicar una existente. Sobre esta última idea, recuérdese que Raz sostiene que: “[d]e los sistemas jurídicos puede decirse que todo acto llevado a cabo por un funcionario público que sea la realización de un deber o el ejercicio de un poder es generalmente considerado como un acto de aplicación del Derecho”²²². Pero aquí lo interesante es advertir que, para Raz, decir que una disposición es parte de un sistema sólo si es reconocida por las instituciones aplicadoras, no quiere decir otra cosa más que esa disposición hubiera sido aplicada por los tribunales que conocieran de un caso. El hecho de que un tribunal aplique una disposición significa que la disposición existe en el sistema jurídico o bien, que fue creada por los tribunales. El reconocimiento de una disposición por los tribunales o por algún otro órgano aplicador, sin embargo, no es un “criterio completo de identidad”. Porque estos órganos pueden estar facultados para crear disposiciones nuevas o bien, porque las disposiciones que van a crear pueden haber sido ya determinadas. El primer paso para completar este criterio es advertir que el Derecho no sólo puede ser reconocido por los tribunales, sino que podría ser reconocido como Derecho existente. No es una nueva disposición la que crean los tribunales cuando conocen de un caso. Esta es la razón por la cual la distinción entre creación y aplicación de disposiciones es una de las cuestiones a las que se enfrenta la Teoría del Derecho en relación con los problemas de identidad del sistema jurídico.

Para resolver esta cuestión, Raz se refiere a la regla de reconocimiento de Hart. Según Raz: “[n]o hay razón para suponer que la regla de reconocimiento se refiere a todos los criterios de validez de un sistema jurídico; es obviamente erróneo pensar que la regla de reconocimiento los determina todos. Un criterio de validez es un conjunto de condiciones establecidas por el [D]erecho y cuya satisfacción es suficiente para ser una disposición jurídica del sistema jurídico. Todas las disposiciones jurídicas del sistema jurídico, con excepción de la regla de reconocimiento, cuya existencia es una cuestión de práctica social, son válidas, ellas existen porque satisfacen algún criterio de validez. Además de la regla de reconocimiento muchas disposiciones jurídicas pueden, también,

²²² J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., p. 153.

establecer criterios de validez. Por ejemplo, todas las disposiciones jurídicas que confieren facultades legislativas determinan criterios de validez, así como la disposición jurídica que estipula las condiciones que debe llenar una costumbre para ser jurídicamente obligatoria”²²³. Pero tampoco, dice Raz, existe razón alguna para pensar que el sistema jurídico sólo tiene una regla de reconocimiento. El ejemplo de Raz es el de un sistema jurídico en el que no hubiera una disposición que hiciera de la costumbre o del precedente fuentes del Derecho, pero que aun así lo fueran. Esto quiere decir que existen otras reglas de reconocimiento en ese sistema. Estas determinan el criterio de validez de las disposiciones derivadas de la costumbre o del precedente, imponiendo a los tribunales la obligación de aplicarlas. Existen así dos reglas de reconocimiento. Una para cada fuente. Esto es así, porque el sistema debe establecer medios para resolver conflictos entre las disposiciones de diversas fuentes. La regla de reconocimiento, en fin, para Raz, no es una sola. Las reglas de reconocimiento, por otro lado, son las únicas normas que existen necesariamente en el sistema jurídico. Pero no son las últimas. La distinción entre aplicar una disposición existente y una disposición nueva es de grado. El sistema jurídico descansa en sus disposiciones últimas. Estas son reglas últimas de reconocimiento y de discrecionalidad. Las primeras, es decir, las reglas últimas de reconocimiento establecen los criterios últimos de validez. Y las segundas, esto es, las reglas últimas de discrecionalidad guían a los tribunales para, en su caso, modificar el sistema cuando por ejemplo resuelven casos no previstos. La diferencia, dice Raz, quizás sea de grado, pero es importante para determinar los criterios de identidad. El hecho de que no exista sólo una regla de reconocimiento tiene que ver además con la idea de unidad del sistema jurídico. En efecto, según Raz, como decía: “[n]o hay ninguna razón, por otra parte, para suponer que un sistema jurídico puede contener sólo una regla de reconocimiento. La unidad del sistema no depende de que éste contenga sólo una regla de reconocimiento. La unidad del sistema depende del hecho de que contiene solamente reglas que determinados órganos primarios están vinculados a aplicar. Los órganos primarios que han de considerarse como pertenecientes al mismo sistema son aquellos que se reconocen mutuamente el carácter autoritativo de sus determinaciones”²²⁴.

La tercera cuestión que presentan los problemas de identidad, por otro lado, es la relación entre Derecho y Estado. Según Raz, si la tesis de la regla de reconocimiento es

²²³ J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos” (1971), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 125 y 126.

²²⁴ J. RAZ, *Razón práctica y normas*, cit., p. 169.

correcta entonces es parte de la respuesta al problema de la identidad de los sistemas jurídicos. Raz dice que es parte de la respuesta, porque la regla de reconocimiento sólo establece las condiciones necesarias, pero no suficientes, de membresía a un sistema. Así, de acuerdo con Raz, nada forma parte del sistema jurídico, excepto que sea una regla de reconocimiento de ese sistema o bien, que se trate de una disposición que los tribunales apliquen. Ser una regla de reconocimiento es suficiente para ser una disposición del sistema. Pero no para ser considerada una disposición que los tribunales deben aplicar. Esto es así, porque como ya se dijo para Raz los tribunales pueden tener la obligación de aplicar disposiciones de otros sistemas. Aunque estas no sean parte del sistema jurídico. De este modo, según Raz, la regla de reconocimiento no proporciona la respuesta al aspecto del alcance o extensión. Pero la regla de reconocimiento tampoco resuelve el aspecto de la continuidad. Que un sistema jurídico termine y otro tome su lugar, quiere decir que la regla de reconocimiento cambió. Porque cada sistema jurídico tiene reglas de reconocimiento diferentes. En fin, la respuesta de Hart, para Raz, es insuficiente. Porque Hart, dice Raz, pasó por alto la relación entre Derecho y Estado. En palabras de Raz: “[l]a relación entre [D]erecho y Estado afecta a los dos diferentes aspectos -alcance o extensión [...] y continuidad- del problema de la identidad. Todo Estado -entendiendo por tal una forma de sistema político y no una persona jurídica- tiene un sistema jurídico que constituye el [D]erecho del Estado, y todo sistema jurídico nacional es el [D]erecho de un Estado. Puesto que la identidad de los sistemas jurídicos está vinculada con la del Estado, cuyo [D]erecho constituye, la relación entre [D]erecho y Estado necesariamente afecta el aspecto del alcance o extensión del problema de la identidad. Así también, en virtud de que la desaparición de un Estado conlleva la desaparición de su sistema jurídico y puesto que una disposición jurídica que no es una disposición jurídica del Estado no es parte de su sistema jurídico, el aspecto de la continuidad es igualmente afectado por la relación entre Estado y [D]erecho”²²⁵.

Raz, después de reseñar las posturas de Kelsen, Bentham y Austin sobre la relación entre Estado y Derecho, insiste en que su interés es el problema de la identidad del sistema jurídico, pero no su solución. Por ello, no es necesario discutir el problema del Estado. Pero sí hacer algunas afirmaciones. El Estado, según Raz, es una organización política. Se trata de un sistema político que forma parte de un sistema social. Este, desde

²²⁵ J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos” (1971), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., p. 130.

luego, contiene otros subsistemas. El sistema político tiene relación con ellos, quizás con todos, así como con otros sistemas políticos. El sistema social más amplio y el sistema político que forma parte de él, según Raz, son “sistemas normativos”. El sistema jurídico también es un sistema normativo. Pero un sistema normativo sólo es un sistema jurídico si tiene cierta complejidad. El argumento de Raz es que todo sistema jurídico debe, por una parte, regular la existencia y el funcionamiento de los tribunales. Y por otra, establecer sanciones. Este argumento está relacionado con el problema de si los sistemas jurídicos tienen un contenido mínimo común. En este contexto, según Raz, las relaciones internas que como ya se dijo existen entre las disposiciones jurídicas, están determinadas por el contenido mínimo y la complejidad mínima del sistema jurídico, así como por los principios de individuación. Estas relaciones forman la estructura interna de todo sistema jurídico. Lo que quiere decir Raz cuando afirma que los sistemas social, político y jurídico son sistemas normativos, por otro lado, es que los patrones de relación entre estos sistemas están gobernados por normas. El sistema jurídico representa sólo una parte de las normas que conforman el sistema político. Dicho de otra forma, para Raz, el sistema político tiene normas no jurídicas. La importancia del sistema político en la teoría de Raz tiene que ver con la explicación de los tribunales. Como señalé, Raz termina por defender que un sistema momentáneo son las reglas aplicadas por un “sistema de tribunales”. El problema, sin embargo, es que no queda claro qué es un sistema de tribunales. Aquí la importancia del sistema político. En palabras de Raz: “[l]os tribunales pueden ser considerados como perteneciendo al mismo sistema, si su práctica consiste en reconocer reglas sobre la base del mismo criterio de validez (*i.e.* si practican las mismas reglas de reconocimiento). Este criterio deja un límite muy abierto. Es posible decir que no hay nada malo en esto y que la noción de “sistema jurídico” es, justamente, vaga e imprecisa a lo largo de este límite. Por otro lado, puede ser de buen sentido recurrir, aquí, nuevamente, al carácter del sistema político del cual este sistema jurídico es parte y distinguir entre aquellos tribunales que son órganos de tal sistema político y aquellos que no lo son. Esto generará una definición más precisa de sistema jurídico momentáneo, pero su principal ventaja es subrayar el hecho de que el [D]erecho es un elemento en la organización política de la sociedad”²²⁶.

Dado que como decía, según Raz, la continuidad del sistema jurídico depende de la continuidad del sistema político, el sistema jurídico se ve afectado por la continuidad

²²⁶ J. RAZ, “Postscriptum” (1980), en *Id.*, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., p. 254.

de las normas no jurídicas del sistema político. Lo importante, sin embargo, de acuerdo con Raz es que, con motivo de la relación entre Derecho y Estado, debe quedar claro que en una explicación sobre la continuidad del sistema jurídico deben tenerse presentes dos ideas. La primera es que la continuidad del sistema jurídico depende de la relación entre las normas jurídicas y las normas no jurídicas, así como de la extensión y forma de su cambio. Y la segunda idea es que, entre las normas jurídicas, unas son más relevantes que otras. Esto es así, porque si la continuidad del sistema jurídico es una función de la continuidad del sistema político, las normas jurídicas con contenido político son más relevantes que las otras. Raz da como ejemplos el Derecho constitucional y el Derecho administrativo. Que, en su opinión, son más importantes que el Derecho de los contratos o de responsabilidad civil. El aspecto del alcance o extensión, por otro lado, también es afectado por la relación entre Derecho y Estado. Esto puede ser dividido en cuatro problemas. El primero es la distinción entre normas políticas que son parte del sistema jurídico y normas políticas que no lo son. El segundo problema es la distinción entre normas jurídicas y normas sociales. El tercero es la distinción entre el Derecho de las normas y otros subsistemas. Y el cuarto problema, finalmente, es la distinción entre un sistema jurídico y las normas jurídicas coexistentes de otro sistema jurídico.

Como se acaba de decir, para Raz, una teoría del sistema jurídico es una solución a diversos problemas. Entre ellos el de la identidad al que presté mayor atención, señalando así las cuestiones relacionadas con él. Como se vio, Raz defiende en última instancia que el sistema jurídico no es otra cosa más que las reglas que aplican los tribunales. Lo interesante, sin embargo, es que Raz termina por relacionar este concepto de sistema jurídico con sus tesis de las razones para la acción y el carácter institucional del Derecho, que dicho sea de paso mostré en el capítulo tercero. En efecto, según Raz, el sistema jurídico no es más que un sistema de razones para la acción. El problema de la identidad, entonces, es la pregunta sobre qué razones son jurídicas. O, dicho de otra forma, este problema es la cuestión sobre qué razones son razones jurídicas del mismo sistema jurídico. Una razón es una razón jurídica, según Raz, si es aplicada por un sistema de tribunales que están obligados a ello de conformidad con sus prácticas y costumbres. Estos son rasgos necesarios para hacer de una razón, una razón jurídica. Pero además se trata de rasgos que explican el carácter institucional del Derecho. Así, para Raz, “el [D]erecho es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones jurídicas aplicadoras *autoritativas*. Estos rasgos proporcionan la piedra angular de la doctrina de

Hart de la identidad del [D]erecho, expresada en su doctrina de la regla de reconocimiento [...] A estas condiciones tiene que ser agregada otra: las razones jurídicas son tales que su existencia y contenido puede ser establecida únicamente sobre la base de hechos sociales, sin recurrir a argumentos morales. [Raz ha] denominado a esta condición “la [t]esis de las [f]uentes”²²⁷ como, dicho sea de paso, ya se vio en el capítulo tercero. Por ello no me detendré aquí en esta idea. En lo que sigue prestaré atención a la explicación de Kelsen sobre el concepto de sistema jurídico. Opción que, como he insistido, estimo pertinente a pesar de defender en esta investigación el positivismo jurídico hartiano. Digo que lo estimo pertinente porque conviene reiterar que el neoconstitucionalismo formula el argumento objeto de este capítulo a manera de reacción frente a la teoría de Kelsen. Y, en concreto, a la distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos y su tesis del Derecho como sistema dinámico.

2.2.El sistema jurídico y la distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos en la teoría de Kelsen

Para Kelsen, un orden que regula el comportamiento humano es un sistema social. Así, un orden no es otra cosa más que un sistema de normas. La unidad del sistema tiene que ver con el hecho de que las normas tienen el mismo fundamento de validez. Como ya señalé, en la teoría de Kelsen, el fundamento último de validez de un sistema es una norma fundante. De ella deriva la validez de las normas pertenecientes a ese sistema. En el caso del Derecho, según Kelsen, una norma aislada sólo es jurídica en cuanto pertenece a un sistema jurídico²²⁸. Esta norma pertenece a un sistema jurídico si como dice Kelsen su fundamento de validez es la norma fundante de ese sistema²²⁹. Existen, sin embargo, diversos sistemas sociales. El Derecho y la moral son, por ejemplo, para Kelsen sistemas sociales²³⁰. La diferencia de acuerdo con Kelsen es que el Derecho es un “orden coactivo”²³¹. A partir del presupuesto de que existen normas que decretan una conducta

²²⁷ Ídem., p. 255.

²²⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 60.

²²⁹ Ídem., pp. 44 y 45.

²³⁰ Ídem., p. 38.

²³¹ Ídem., pp. 47 y 129.

y otras que establecen una sanción²³², decir que el Derecho es un orden coactivo significa que estatuye actos de coacción²³³. Lo que quiere decir, en otros términos, que el Derecho trata de producir una conducta, en cuanto relaciona a su opuesta un acto coactivo. O bien, porque se reacciona con un acto coactivo ante circunstancias indeseables, pues son socialmente perjudiciales. En todo caso, este acto se trata de un “mal”, que se aplica aún en contra de la voluntad de quien lo padece, incluso, a través de la fuerza física, es decir, de acuerdo con Kelsen, coactivamente²³⁴. La moral, en cambio, si bien exige una determinada conducta, para Kelsen no liga a ella una recompensa o pena²³⁵. Lo que se quiere decir es que la moral no establece sanciones como las del Derecho. Las sanciones de la moral, según Kelsen, se reducen a la aprobación o desaprobación de la conducta sin emplear la fuerza física²³⁶. No es necesario detenerme aquí en la diferencia entre Derecho y moral en la teoría de Kelsen. A la tesis de la separación conceptual, por ejemplo, me referiré en el apartado siguiente. Aquí, en cambio, me interesa avanzar sobre la idea del Derecho como sistema de normas conforme al planteamiento de Kelsen.

Como decía, para Kelsen, el Derecho es un sistema social porque es un orden que regula el comportamiento humano²³⁷. El Derecho, a diferencia de la moral, como se vio es un orden coactivo. Se trata dice Kelsen de un sistema de normas²³⁸ o bien, de un orden normativo²³⁹. El Derecho no es una norma. Es para Kelsen un conjunto de normas²⁴⁰ que forman un sistema. O, lo que es lo mismo, según Kelsen, el Derecho “es una pluralidad de normas generales e individuales que regulan el comportamiento humano, es decir, lo determinan como debido”²⁴¹. Estas ideas forman parte de una teoría del ordenamiento jurídico. Expresión que aquí convengo en usar como sinónimo de orden jurídico y sistema jurídico e, incluso, como Derecho del Estado. Pues siguiendo a Kelsen es posible admitir, por una parte, que: “[e]l orden jurídico es un sistema de normas de Derecho”²⁴² o bien, que “un conjunto de reglas es un orden, y orden jurídico es sólo otro nombre del

²³² H. KELSEN, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 148.

²³³ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 40 y 47.

²³⁴ Ídem., pp. 46, 47 y 123.

²³⁵ Ídem., p. 41.

²³⁶ Ídem., p. 75.

²³⁷ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 3.

²³⁸ Ídem., p. 129.

²³⁹ H. KELSEN, “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. VI.

²⁴⁰ H. KELSEN, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 21.

²⁴¹ H. KELSEN, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 93.

²⁴² H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 61.

[D]erecho”²⁴³. Y por otra, si se acepta con Kelsen que: “[s]i se considera solamente el [D]erecho estatal, y no el [D]erecho internacional, el estatuto de una asociación constituye un orden jurídico particular, a diferencia del orden jurídico estatal que constituiría el orden jurídico total”²⁴⁴, es decir, el Derecho del Estado. Como nos recuerda Bobbio, por otro lado: “[l]a teoría del [o]rdenamiento jurídico encuentra su más coherente exposición en el pensamiento de Kelsen”²⁴⁵. En efecto, Kelsen por una parte reconoce que “aquello a que [ha] consagrado la obra de tantos años de [su] vida [es] el análisis de la estructura formal del [D]erecho positivo en cuanto sistema de normas”²⁴⁶. Y por otra, Kelsen advierte que su planteamiento no es otra cosa más que “una teoría normativa del [D]erecho [...] esto es, una ciencia que intenta presentar el significado inmanente de un sistema de normas jurídicas”²⁴⁷. Esto quiere decir además que para Kelsen el objeto de la Teoría del Derecho son las normas, no los hechos²⁴⁸.

En fin, como decía el planteamiento de Kelsen es una teoría normativa del Derecho. O, lo que es lo mismo, según Kelsen, se trata de “una interpretación normativa del [D]erecho, o sea un análisis estructural de un sistema específico de normas”²⁴⁹ o bien, de “ciencia jurídica normativa, es decir, de una ciencia del [D]erecho que describe el [D]erecho como un sistema de normas”²⁵⁰. Adoptar esta postura, esto es, defender que el Derecho es un orden, un sistema de normas, quiere decir en última instancia, en palabras de Kelsen, que “todos los problemas jurídicos deben ser planteados y solucionados como problemas del orden jurídico. La [T]eoría del [D]erecho se convierte así en el análisis estructural más exacto posible, liberado de todo juicio de valor ético o político, del [D]erecho positivo”²⁵¹. He insistido en que está justificado referirme aquí a la teoría de Kelsen, porque el neoconstitucionalismo formula el argumento objeto de este capítulo como reacción frente a algunos aspectos de este planteamiento. Pero además creo que

²⁴³ H. KELSEN, “Teoría del Derecho”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., p. 182.

²⁴⁴ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 186.

²⁴⁵ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 202.

²⁴⁶ H. KELSEN, “Prefacio a la edición castellana”, en *Id.*, *Sociedad y naturaleza: Una investigación sociológica* (1943), trad. de J. Perriau, Depalma, Buenos Aires, 1945, pp. VII-XI, en especial p. VIII (H. KELSEN, *Society and nature*, The University of Chicago Press, Chicago, 1943).

²⁴⁷ *Ídem.*, p. IX.

²⁴⁸ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 192 y 193; e *Id.*, “Una teoría “realista” y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vázquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 11.

²⁴⁹ H. KELSEN, “Teoría del Derecho”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., p. 266.

²⁵⁰ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 117.

²⁵¹ *Ídem.*, p. 200.

esta opción es pertinente, pues coincido en parte con Bobbio cuando dice que: “[e]n el campo del concepto de [D]erecho (tarea ontológica) [Bobbio opina] que la orientación más fecunda y fructífera ha sido la kelseniana y que es conveniente darle continuidad desarrollando las investigaciones de Kelsen y su escuela sobre la *teoría formal del ordenamiento jurídico* [...] [Sobre todo hablar de] los problemas del ordenamiento como sistema de reglas de conducta con sus tres problemas interrelacionados de la jerarquía, la compatibilidad y la completitud de las normas que lo componen”²⁵². Digo que coincido en parte con Bobbio, porque como se sabe en esta investigación defiende la teoría de Hart. Pero estoy de acuerdo con Bobbio, cuando pone de manifiesto la aportación de Kelsen. En concreto, en relación con el concepto de sistema jurídico y estos problemas sobre los que Bobbio llama nuestra atención. El problema de la jerarquía, sin embargo, ya lo mostré en el apartado anterior. Restaría por advertir su relación con la Teoría del Derecho cuando Kelsen dice, por ejemplo, que: “[u]na ciencia del Derecho debe considerar todo Derecho positivo como válido. Contesta a la pregunta sobre la razón de la validez de un orden jurídico positivo en relación con su estructura jerárquica, ascendiendo del nivel individual de una resolución judicial o de un acto administrativo a la Constitución”²⁵³. Aquí, por otro lado, me referiré a los problemas que Bobbio llama de la compatibilidad y la completitud en la teoría de Kelsen. Estos no son otra cosa más que las ideas ya mencionadas de la coherencia y la plenitud.

Pero quizás lo primero que convenga advertir es que, según Kelsen, el hecho de que las normas jurídicas formen un sistema se explica por la unidad. Esta como se vio es también una de las ideas relacionadas con el sistema jurídico. En la teoría de Kelsen, como se acaba de decir, la unidad obedece a que todas las normas pertenecientes a un sistema jurídico tienen el mismo fundamento de validez. Este como ya se señaló es la norma fundante. La unidad del sistema se explica también, de acuerdo con Kelsen, porque es descrito a través de enunciados que no se contradicen²⁵⁴. Se trata de la idea de coherencia. Kelsen dice que los principios lógicos, como el de contradicción, sólo se aplican a enunciados que pueden ser verdaderos o falsos. Así, una contradicción lógica entre dos enunciados quiere decir que sólo uno puede ser verdadero. Pero las normas, de acuerdo con Kelsen, no son verdaderas ni falsas. Sólo pueden ser válidas o no válidas.

²⁵² N. BOBBIO, “La Filosofía del Derecho y sus problemas”, trad. de A. Greppi, en *Id., Iusnaturalismo y positivismo jurídico, cit.*, pp. 75 y 76.

²⁵³ H. Kelsen, *Introducción a la Teoría pura del Derecho, cit.*, pp. 77 y 78.

²⁵⁴ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho, cit.*, p. 214.

Por eso los principios lógicos, incluido el de contradicción, sólo pueden aplicarse a enunciados que describen normas. Aunque, según Kelsen, “estos principios lógicos son aplicables -por supuesto sólo indirectamente- a las normas jurídicas, que no tienen la pretensión de ser verdaderas. Dos normas jurídicas se “contradicen” cuando pueden describirse solamente por medio de dos proposiciones jurídicas contradictorias entre sí y, en consecuencia, no pueden afirmarse simultáneamente como siendo válidas”²⁵⁵.

Para Kelsen, en fin, el conocimiento del Derecho tiene que pensar su objeto como un todo dotado de sentido. Tratando de describirlo a través de enunciados no contradictorios. Si aparece un conflicto entre el material normativo, este de acuerdo con Kelsen debe ser resuelto por vía de interpretación²⁵⁶. De hecho, en palabras de Kelsen: “[u]na de las tareas principales del jurista consiste en presentar de manera congruente el material con que trata. Como ese material es presentado por medio de expresiones lingüísticas resulta posible *a priori* que tal material contenga contradicciones. La función específica de la interpretación jurídica es eliminar tales contradicciones, revelando que sólo son aparentes. El material jurídico es transformado en un sistema de [D]erecho en virtud de la interpretación jurídica”²⁵⁷. Por eso, creo que en la teoría de Kelsen la coherencia no quiere decir que en el sistema jurídico no haya normas que se contradigan. Lo que señala es que el sistema es coherente porque el teórico debe describir las normas a través de enunciados no contradictorios. Y es que además para Kelsen el sistema jurídico es coherente por el “carácter alternativo de la norma superior”²⁵⁸. Pero a la tesis de la cláusula alternativa tácita me referiré más adelante. Aquí, en cambio, me interesa prestar atención a otra idea relacionada con el sistema jurídico conforme a la teoría de Kelsen. Me refiero a la plenitud.

Kelsen dice, por una parte, que el sistema jurídico siempre es aplicado por un tribunal. Y por otra, que “todo el comportamiento de un hombre, que está sujeto al orden jurídico, es regulado jurídicamente en el sentido positivo o negativo”²⁵⁹. Así, aún en el caso de que no contenga una norma que regule positivamente la conducta de, por ejemplo, el demandado o acusado, imponiéndoles una obligación que según la contraparte no

²⁵⁵ H. KELSEN, “Una teoría “realista” y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vásquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 17.

²⁵⁶ H. KELSEN, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., p. 21; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 215.

²⁵⁷ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 446.

²⁵⁸ *Ídem.*, p. 192.

²⁵⁹ H. KELSEN, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 138.

habrían cumplido. La conducta sí está regulada negativamente. Lo que quiere decir que esa conducta no está prohibida. Y, en ese sentido, está permitida. Este dice Kelsen es un caso que ha sido entendido como una laguna del sistema jurídico²⁶⁰. Esta teoría, sin embargo, en opinión de Kelsen es “errada”. Porque ignora que cuando el sistema jurídico no establece una obligación a una persona, su conducta está permitida. Para Kelsen, la aplicación del sistema jurídico no es imposible en caso de una laguna. Quizás no sea posible aplicar una norma aislada, pero de acuerdo con Kelsen “siempre es posible aplicar el sistema”²⁶¹. O, lo que es lo mismo, según Kelsen, “la ley siempre puede ser aplicada por el juez”²⁶². Por eso, dice Kelsen, el sistema “no tiene “laguna” alguna en este sentido”²⁶³. Y es que además, para Kelsen: “[e]l orden jurídico no puede tener lagunas [porque si] el juez está autorizado a resolver, como legislador, una determinada controversia, en la hipótesis de que el orden jurídico no contenga ninguna norma general que obligue al demandado a la conducta reclamada por el actor, no llena una laguna del [D]erecho realmente en vigor, sino que añade a éste una norma individual a la que no corresponde ningún precepto general”²⁶⁴. Esta es, por otro lado, la discusión sobre si el juez crea o aplica Derecho. Para Kelsen, por ejemplo: “[l]os tribunales aplican siempre un [D]erecho ya existente, pero puede no tratarse de un [D]erecho substantivo, sino adjetivo. El tribunal puede aplicar únicamente las normas generales que determinan su propia existencia y el procedimiento a seguir, o sea las normas generales que confieren a ciertos individuos la capacidad jurídica de actuar como tribunal de determinada entidad política”²⁶⁵. A la discusión sobre si el juez crea o aplica Derecho me referiré en el capítulo siguiente. Aquí, en cambio, me interesa insistir en que Kelsen afirma la plenitud del sistema jurídico, por una parte, por el principio de que lo que no está prohibido está permitido. Aunque quizás no es tan clara la existencia de una norma general excluyente en Kelsen, salvo como permiso débil. Pero no entraré a esta discusión. Digo en fin que Kelsen afirma la plenitud del sistema, por otra parte, ya que el juez siempre resolverá el caso. En lo que sigue como decía me ocuparé de la distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos de acuerdo con el planteamiento de Kelsen.

²⁶⁰ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 254.

²⁶¹ Ídem., p. 255.

²⁶² H. Kelsen, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 43.

²⁶³ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 257.

²⁶⁴ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 175. En este sentido, véase H. Kelsen, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 44.

²⁶⁵ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 180.

Como se vio, para Kelsen, el Derecho es un conjunto de normas. Estas forman un sistema por la unidad. Esta se explica porque todas las normas pertenecientes a un sistema jurídico tienen el mismo fundamento de validez. En la teoría de Kelsen se trata de la norma fundante. Dije por otro lado que según Kelsen el Derecho y la moral son sistemas sociales. Pero el Derecho, a diferencia de la moral, es un orden coactivo. Pues bien, en la teoría de Kelsen otra diferencia entre Derecho y moral tiene que ver con la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos. Aunque, Kelsen emplea la distinción entre punto de vista o criterio estático y punto de vista o criterio dinámico en otros contextos.

Me refiero, por ejemplo, a que hablando del Derecho²⁶⁶ Kelsen dice que el primero, es decir, el punto de vista o criterio estático tiene que ver con la validez de las normas. Se trata, según Kelsen, de una teoría estática del Derecho que “tiene como objeto el [D]erecho como un sistema de normas con validez, el [D]erecho en su estado de equilibrio”²⁶⁷. En este se toma “por punto de partida el orden estatal (jurídico) ya acabado”²⁶⁸. Lo que se quiere decir entonces, de acuerdo con Kelsen, es que: “[s]i adoptamos un punto de vista estático, es decir, si consideramos el orden jurídico únicamente en su forma completa o en un estado de inmovilidad, advertiremos únicamente la existencia de las normas por las cuales los actos jurídicos se encuentran determinados”²⁶⁹. El segundo, esto es, el punto de vista o criterio dinámico, en cambio, de acuerdo con Kelsen se refiere a los “órganos y procedimientos de creación de las normas”²⁷⁰. Es una teoría dinámica del Derecho. Tiene por objeto “el proceso jurídico en el que el [D]erecho se produce y aplica, el [D]erecho en su movimiento”²⁷¹. Aquí, dice Kelsen, se enfoca “el conocimiento a la creación del orden estatal”²⁷². Es decir, en palabras de Kelsen: “[s]i adoptamos, por otra parte, el punto de vista dinámico, y consideramos el proceso a través del cual el orden jurídico es creado y ejecutado, entonces sólo veremos los actos de creación y ejecución del Derecho”²⁷³. Estamos hablando de estática y dinámica jurídicas.

²⁶⁶ Sobre la distinción de Kelsen entre puntos de vista estático y dinámico en el Derecho, véase M. ATIENZA, *El sentido del Derecho* (2001), Ariel, Barcelona, 2012, p. 300.

²⁶⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 83.

²⁶⁸ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 341.

²⁶⁹ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 46.

²⁷⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 220.

²⁷¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 83.

²⁷² H. KELSEN, *Teoría General del Estado*, cit., p. 341.

²⁷³ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 46.

Kelsen, por otro lado, emplea la distinción entre estos puntos de vista o criterios estático y dinámico cuando habla de democracia y autocracia. En efecto, según Kelsen: “[l]a democracia se caracteriza por cambios más o menos rápidos de gobernantes. Tiene, en este aspecto, una naturaleza dinámica. Tiene lugar una constante movilidad desde la comunidad de los gobernados a la posición de gobernante. Por el contrario, la autocracia muestra un carácter claramente estático: la relación entre gobernante y gobernado tiende a congelarse”²⁷⁴. Estas son algunas formas en las que Kelsen usa la distinción entre punto de vista o criterio estático y punto de vista o criterio dinámico. Pero en lo que sigue como decía me interesa prestar atención a la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos.

En la teoría de Kelsen, los sistemas de normas se distinguen por la “naturaleza de la norma fundamental”²⁷⁵. Existen sistemas de normas cuya norma fundante tiene contenido y existen otros en los que su norma fundante no tiene contenido o, por lo menos, este se reduce a una delegación de autoridad. Pero los sistemas de normas según Kelsen se distinguen también por la “índole del fundamento de validez”²⁷⁶. Ramos, por su parte, explica que una de las funciones de la norma fundante como se vio es permitirnos hablar de la idea del Derecho como un sistema. Hablar del Derecho como sistema, en el pensamiento de Kelsen, nos obliga a referirnos a la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos, cuya diferencia dice Ramos es, “básicamente, por el distinto fundamento de la validez de sus respectivas normas”²⁷⁷. En este sentido, como advierte Caracciolo, “Kelsen distingue dos modelos de pertenencia, conforme al tipo de relación que fundamenta la validez de las normas de un sistema”²⁷⁸. Así, como veremos, existen sistemas cuyas normas son válidas por un principio de deducibilidad y existen otros en los que sus normas son válidas por un principio de legalidad²⁷⁹. Lo que se quiere decir entonces es que conforme a la teoría de Kelsen es posible distinguir entre sistemas de normas por los tipos de norma fundante y por la índole del fundamento o relación entre

²⁷⁴ H. Kelsen, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id., Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 247.

²⁷⁵ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 131.

²⁷⁶ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 203.

²⁷⁷ J.A. Ramos Pascua, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 65.

²⁷⁸ R.A. Caracciolo, *Sistema jurídico...*, cit., p. 36.

²⁷⁹ J.J. Moreso Mateos y J.M. Vilajosana Rubio, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 97.

las normas. Así, en fin, los sistemas de normas pueden ser sistemas estáticos o bien, sistemas dinámicos.

Al ocuparme de esta distinción, sin embargo, soy consciente de las posibles objeciones que pueden formularse a la teoría de Kelsen. Me refiero, por ejemplo, a la crítica de Raz que, en entrevista con Ruiz Manero, expresa que “Kelsen es valioso cuando comenta en términos generales la naturaleza sistemática del Derecho, el hecho de que el Derecho es un sistema. Pero decepciona cuando viene a dar cuenta, de este rasgo del Derecho. La distinción entre las dos formas de representar el Derecho, esto es, como un sistema estático y como un sistema dinámico, es la admisión de un fracaso. Solamente la representación dinámica llega a empezar a dar cuenta de la naturaleza sistemática del Derecho. De esta forma, la representación estática debería, para ser adecuada, ser equivalente a la representación dinámica”²⁸⁰. Creo que, en esta objeción, Raz pierde de vista que como mostraré para Kelsen el Derecho es un sistema dinámico, diferente de la moral que es un sistema estático. Lo que quiero decir es que Kelsen no representa el Derecho como un sistema estático. Como decía, por otro lado, aquí me interesa prestar atención a la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos. Porque a partir de su explicación, Kelsen termina por defender como se acaba de decir la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico. Y frente a esta tesis, como ya he insistido, el neoconstitucionalismo formula el argumento objeto de este capítulo, que no es otro más que la defensa de que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo mixto.

Conviene reiterar que, conforme a la teoría de Kelsen, un conjunto de normas forma un sistema si estas tienen el mismo fundamento de validez. Como se ha insistido, por otro lado, para Kelsen, el último fundamento de validez es la norma fundante. Pues bien, existen sistemas de normas cuya norma fundante tiene un contenido “evidente”. Efectivamente, según Kelsen, “la norma de cuyo contenido se derivan las restantes normas, como lo particular de lo universal, tanto en cuanto a su fundamento de validez, como también en cuanto a su contenido válido, sólo puede ser considerada norma fundante básica cuando su contenido es aceptado como inmediatamente evidente. De hecho muchas veces se refiere el fundamento de validez y el contenido válido de las normas de un sistema moral a una norma considerada como inmediatamente evidente. Que lo sea significa que está dada en la razón, o mediante la razón. El concepto de una

²⁸⁰ J. RUIZ MANERO, “Entrevista con Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 321-344, en especial pp. 324 y 325.

norma inmediatamente evidente tiene como presupuesto el concepto de una razón práctica, es decir, el concepto de una razón legisladora”²⁸¹. Las normas de un sistema de este tipo son válidas y pertenecen al sistema²⁸², si su contenido se deduce del contenido de otra norma y, en última instancia, del contenido de la norma fundante²⁸³. Lo que quiere decir que en este tipo de sistema el contenido de una norma es una “deducción lógica”²⁸⁴ o bien, una “expansión lógica”²⁸⁵ del contenido de otra norma. Este es un sistema estático. En el que las normas valen por su contenido o, lo que es lo mismo, dice Kelsen, por su “dignidad intrínseca”²⁸⁶. En efecto, en palabras de Kelsen, hablando de la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos: “[l]as normas de un orden del primer tipo [sistema estático] valen -es decir, la conducta humana determinada por ellas es vista como debida- por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal [...] Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular”²⁸⁷. Este es un sistema estático. La moral es un sistema de este tipo²⁸⁸.

Lo interesante, sin embargo, como advierte Cuenca, es que “la visión estática de la normatividad traduce la pretensión de presentar los juicios de justicia como juicios de valor objetivos. Ahora bien, afirmar el carácter estático de un sistema normativo supone

²⁸¹ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 203.

²⁸² R.A. CARACCIOLO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 36.

²⁸³ H. Kelsen, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 99 y 100; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 150; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., p. 65.

²⁸⁴ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 107.

²⁸⁵ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 62.

²⁸⁶ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 131.

²⁸⁷ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 203.

²⁸⁸ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 107, explica que: “[e]sta forma de concebir la relación entre normas define, en opinión de Kelsen, la estructura típica de un sistema moral (aunque hay que advertir que no todos los sistemas morales responden a este esquema), pero justamente fue también la forma de concebir el Derecho natural, en especial por el iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII. El Derecho natural, en efecto, fue construido como un sistema deductivo de enunciados semejantes a un sistema científico, donde a partir de unas normas autoevidentes se obtenían otras mediante inferencia lógica. Por eso, aquel Derecho natural no es que admitiese un tratamiento sistemático, sino que en sí mismo encerraba un sistema, bien que construido por la razón. La denominación de <estático> responde a esta característica, y es que el sistema lógicamente no sufre transformación alguna mientras no se alteren sus normas axiomáticas (normas que en la concepción iusnaturalista no podían sufrir alteración alguna, ya que, como las figuras o los números, eran puramente racionales)”. Sobre la denominación de este tipo de sistema, por otro lado, A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., pp. 62 y 63, afirma que “los sistemas estáticos, como su propio nombre indica, no contemplan mecanismos para cambiar”.

adherirse a una ontología normativa que admite la existencia de normas no positivas, de normas que no tienen su origen en actos de voluntad, sino que se deducen de ciertos contenidos morales considerados <evidentes>”²⁸⁹. Pero a esta idea me referiré en el apartado siguiente. Aquí, como decía, me interesó prestar atención al sistema estático conforme a la teoría de Kelsen. Ya se dijo que los sistemas de normas se distinguen por el tipo de norma fundante. Así, como se vio, en un sistema estático la norma fundante tiene un contenido evidente. Señalé que otra forma de distinguir entre sistemas es la índole de la fundamentación o relación entre las normas. En un sistema estático, el contenido de una norma se deduce del contenido de otra norma. En definitiva, en un sistema de este tipo la norma vale por su contenido.

Existe, sin embargo, otro tipo de sistema de normas. En él, la norma fundante no tiene un contenido evidente. No establece contenido alguno²⁹⁰. O este se reduce a habilitar a una autoridad para crear Derecho, como dice Kelsen, “que puede, a su vez, conferir la facultad de creación normativa a otras autoridades”²⁹¹. Este es un sistema dinámico. Efectivamente, en palabras de Kelsen: “[e]l tipo dinámico se caracteriza porque la norma fundante que presupone no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”²⁹². Las normas en este tipo de sistema que, como ya se dijo, forman una “construcción escalonada”²⁹³ o una “jerarquía de diferentes niveles”²⁹⁴, son válidas y pertenecen a él si fueron creadas por el órgano y conforme al procedimiento adecuado establecidos en otras normas que se consideran superiores²⁹⁵ y, en última instancia, en la norma fundante²⁹⁶, que conviene insistir en que no establece contenido alguno. En este sentido, según Kelsen: “[l]a [T]eoría pura del [D]erecho, como corresponde a una teoría jurídica positivista, no puede sostener que un orden jurídico positivo no corresponda a su norma básica, y que, por ende, no

²⁸⁹ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., p. 56.

²⁹⁰ H. KELSEN, “El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho” (1965), trad. de R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 66; e *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., p. 394.

²⁹¹ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 132.

²⁹² H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 204.

²⁹³ *Ídem.*, pp. 273 y 274.

²⁹⁴ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 146.

²⁹⁵ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 63; H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 232; J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, cit., pp. 50 y 65; y G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho*, cit., p. 174.

²⁹⁶ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 133, 144 y 156.

tenga que ser considerado válido. El contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que, como debe subrayarse enfáticamente, de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico. Todo orden coactivo eficaz en términos generales puede ser interpretado como un orden normativo objetivamente válido. No se puede negar validez a ningún orden jurídico positivo por el contenido de sus normas. Este es un elemento esencial del positivismo jurídico; y justamente en su teoría de la norma fundante básica demuestra la [T]eoría pura del [D]erecho ser una doctrina jurídica positivista”²⁹⁷.

Como se acaba de decir, la norma fundante no establece contenido alguno, pero es importante avanzar aquí que, según Kelsen, en un sistema dinámico: “[l]a norma fundante básica sólo provee del fundamento de validez, pero no además del contenido de las normas que constituyen ese sistema. Sus contenidos sólo pueden ser determinados por actos mediante los cuales la autoridad facultada por la norma básica, y luego, las autoridades facultadas por aquélla, establecen las normas positivas de ese sistema”²⁹⁸. La índole de la fundamentación o relación entre las normas en un sistema dinámico²⁹⁹, por otro lado, no es una deducción lógica como en un sistema estático, sino “una relación *genética o de habilitación*”³⁰⁰ o bien, “una relación dinámica, esto es, un vínculo de producción o elaboración”³⁰¹. Se trata dice Kelsen de “una delegación en una autoridad normadora”³⁰². O, lo que es lo mismo, según Kelsen: “[l]a facultad de crear normas es delegada por una autoridad en otra autoridad; aquélla es la más alta, ésta es inferior”³⁰³. Este es un sistema dinámico.

El Derecho es un sistema de este tipo. En efecto, para Kelsen: “[e]l sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma

²⁹⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 228.

²⁹⁸ Ídem., p. 204.

²⁹⁹ R.A. CARACCILO, *Sistema jurídico...*, cit., p. 36.

³⁰⁰ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 108.

³⁰¹ L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 59.

³⁰² H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 204.

³⁰³ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 132.

fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, pueda ser [D]erecho”³⁰⁴. Con esta denominación³⁰⁵, sistema dinámico, por otra parte, lo que se quiere decir es que el Derecho regula su propia creación³⁰⁶. En fin, en un sistema de este tipo, a diferencia de uno estático, como se vio la norma fundante no tiene un contenido evidente. Se reduce, en cambio, a habilitar a una autoridad para crear Derecho. Ya se dijo también que, en un sistema dinámico, a diferencia de uno estático, las normas no valen por su contenido, sino por haber sido creadas por el órgano y conforme al procedimiento establecidos en normas superiores y, en última instancia, en la norma fundante. Y como se acaba de señalar, el Derecho es un sistema dinámico. El Derecho regula su propia creación. Esta es una teoría dinámica del Derecho. Lo interesante, por otro lado, dice Kelsen, es que: “[e]n el punto central de los problemas de una dinámica jurídica se encuentra la pregunta por los diferentes métodos de producción de [D]erecho, o por las formas del [D]erecho”³⁰⁷. En este contexto, Kelsen afirma la tesis de la identidad entre el Derecho y el Estado. No es mi propósito, sin embargo, prestar atención a esta última idea ni al Estado³⁰⁸ o a alguna de sus formas

³⁰⁴ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 205. En este sentido, véase H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 133.

³⁰⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 108, afirma que: “[l]a denominación de <dinámico> está [...] justificada, porque este sistema se caracteriza precisamente porque cambia; a diferencia del sistema estático, que es siempre igual a sí mismo (mientras no cambien sus normas primitivas o independientes, claro está), resulta esencial al sistema dinámico la idea de cambio, de incorporación y eliminación de normas o, como suele decirse, de promulgación y derogación”. En este sentido, véase C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit., p. 61.

³⁰⁶ E. BULYGIN, “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos”, trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. 169-193, en especial p. 175 (E. BULYGIN, “Norms, normative propositions and legal statements”, G. Floistad (ed.), *Contemporary philosophy. A new survey*, vol. 3, pp. 127-152); H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 189; *Id.*, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 104; *Id.*, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 39 y 58; *Id.*, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 210; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 45, 46, 146, 306 y 421; *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., p. 415; *Id.*, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 112; *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 65, 84, 217 y 263; e *Id.*, “Una teoría “realista” y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vásquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 19. Lo interesante, por otro lado, es que se ha sostenido que la afirmación de que el Derecho regula su propia creación explica el carácter institucional del Derecho, idea que dicho sea de paso mostré en el capítulo tercero. Así, por ejemplo, M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica” (2001), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, cit., pp. 9-33, en especial p. 23, vienen a decir que: “[u]n [...] sentido de “institucional” alude a que el sistema jurídico regula su propia creación y aplicación, esto es, contiene normas que confieren poderes de cambio y de adjudicación, así como normas regulativas referidas al ejercicio de estos poderes”.

³⁰⁷ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 285.

³⁰⁸ Sobre el Estado en la teoría de Kelsen, véanse J.A. GARCÍA AMADO, “Estudio Preliminar”, a H. Kelsen, *El Estado como integración...*, cit., p. XXII; H. Kelsen, *Compendio de Teoría General*

específicas o métodos de producción, que no son otros más que, por ejemplo, la democracia³⁰⁹. Aquí, en cambio, me interesa insistir en que mostré la tesis del Derecho

del Estado, cit., pp. 107, 123 y 129; *Id.*, “Dios y Estado” (1923), trad. de U. Schmill, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., pp. 54 y 55; *Id.*, “El alma y el Derecho” (1937), trad. de U. Schmill, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., pp. 81-108, en especial p. 96 (H. Kelsen, “The Soul and the Law”, *Review of Religion*, núm. 4, 1937); *Id.*, “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 104; *Id.*, *El Estado como integración...*, cit., pp. 5, 43 y 101; *Id.*, “El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho” (1965), trad. de R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 83; *Id.*, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 55, 58 y 59; *Id.*, “La idea de justicia en las Sagradas Escrituras” (1952-1953), trad. de A. Peralta García, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., pp. 109-180, en especial p. 135 (H. Kelsen, “La idea de justicia en las Sagradas Escrituras”, publicado en inglés en la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico, Sep., 1952-Abril, 1953, y reeditado en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*. University of California Press. Berkeley and Los Angeles. 1957); *Id.*, “La teoría política del bolchevismo: Un análisis crítico” (1948), trad. de A.J. Weiss, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 159; *Id.*, “La teoría política del socialismo” (1923), trad. de J. Mira Benavent, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 63-84, en especial pp. 66 y 67 (H. Kelsen, “Die Politische Theorie des Sozialismus”, en *Osterreichische Rundschau*, 19, 1923); *Id.*, “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. VIII; *Id.*, “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., pp. VII-X, en especial p. VIII; *Id.*, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., p. 36; *Id.*, “Teoría del Derecho”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., pp. 139 y 140; *Id.*, “Teoría del Estado”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., p. 273; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 215, 224, 262, 335, 336, 338, 360, 361, 387 y 418; *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., pp. 18, 22, 57, 120, 188, 312 y 324; *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 291, 294, 297, 315, 320 y 321; J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar”, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, en H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, pp. XI-LX, en especial p. XXXIX; R. RACINARO, “Introducción”, “Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta” (1978), a H. Kelsen, *Socialismo y Estado...*, cit., p. 27; L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 66; y U. SCHMILL, “Presentación” (2003), a H. Kelsen, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., pp. 25 y 31.

³⁰⁹ En relación con la democracia en la teoría de Kelsen, véanse E. ARNOLD, “Posfacio: La ‘nueva ciencia’ de Voegelin a la luz de la crítica de Kelsen”, trad. de J. Etoarena, en H. Kelsen, *¿Una nueva ciencia de la política?...*, cit., p. 252; H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 168, 177 y 214; *Id.*, *El Estado como integración...*, cit., p. 131; *Id.*, “El problema del parlamentarismo” (1925), trad. de M. Atienza, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 85-108, en especial p. 86 (H. Kelsen, “Das Problem des Parlamentarismus”, en *Soziologie und Sozialphilosophie. Schiften der soziologischen Gesellschaft in Wien*, III, W. Braümüller, Wien-Leipzig, 1925); *Id.*, “Esencia y valor de la democracia” (1920), trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, en *Id.*, *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 5-102, en especial pp. 5, 19 y 99; *Id.*, “Forma del Estado y Filosofía” (1933), trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, en *Id.*, *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. 103-136, en especial pp. 109 y 119; *Id.*, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 152; *Id.*, “La teoría política del bolchevismo: Un análisis crítico” (1948), trad. de A.J. Weiss, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 160, 161 y 193; *Id.*, “La teoría política del socialismo” (1923), trad. de J. Mira Benavent, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 84; *Id.*, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 207, 208, 210, 212, 243, 244, 249, 267, 298, 308 y 318; *Id.*, “Marx o Lassalle: Cambios en la teoría política del marxismo” (1924), en *Id.*, *Socialismo y Estado...*, cit., p. 373; *Id.*, *¿Qué es la justicia?* (1953), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, 13ª ed., México, 2001, pp. 34, 81 y 82 (H. Kelsen, *Was ist gerechtigkeit?*, F. Deutike, Wein, 1953); *Id.*, “Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo” (1923), en *Id.*, *Socialismo y Estado...*, cit., pp. 173-365, en especial pp. 321, 343 y 350 (H. Kelsen, *Sozialismus und Staat*, Leipzig, Hirschfeld, 1923); *Id.*, “Teoría del Estado”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., pp. 275, 315 y 326; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 42, 102, 103 y 337; *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., p. 207; *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 151; *Id.*, *¿Una nueva ciencia de la política?...*, cit., p. 176; J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar”, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, en H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., pp. XII y XXV; y J. RUIZ MANERO, “Presentación: Teoría de la democracia y crítica

como sistema normativo dinámico defendida por Kelsen, porque las teorías neoconstitucionalistas formulan el argumento objeto de este capítulo a manera de reacción frente a esta idea. Este argumento como se sabe viene a decir que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, porque este tipo de sistema jurídico, a diferencia de lo sostenido por Kelsen, no puede tener cualquier contenido. Esto es así, según las teorías neoconstitucionalistas, ya que el contenido de las normas del Derecho del Estado constitucional debe adecuarse a los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución. Lo que el neoconstitucionalismo sostiene en última instancia es que no es verdad que el Derecho del Estado constitucional sea un sistema dinámico como piensa Kelsen, sino que se trata de un sistema mixto. Pues la validez de las normas depende de criterios formales y criterios materiales. Esta es la tesis del Derecho como sistema normativo mixto.

2.3.La tesis del Derecho como sistema normativo mixto

El neoconstitucionalismo defiende la incorporación en la Constitución de contenidos materiales como un rasgo del Derecho del Estado constitucional. Pues bien, según algunas teorías neoconstitucionalistas otro rasgo de este tipo de sistema jurídico es que los contenidos materiales incorporados en la Constitución tienen ciertas funciones. Una de ellas es determinar la validez de las normas. Debo advertir, sin embargo, que con esta afirmación el neoconstitucionalismo no niega que la validez de las normas dependa de que sean creadas a través de ciertos órganos y procedimientos. Lo que estas teorías argumentan es que esta es una condición necesaria, pero no suficiente de la validez. Esta no sólo depende de criterios formales, sino también de criterios materiales³¹⁰. Es decir, según el neoconstitucionalismo, las “normas sólo serán válidas si no contradicen, no ya

del marxismo en Kelsen”, a H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 11-61, en especial pp. 14, 26 y 34.

³¹⁰ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 8; N. BOBBIO, “Situación y orientaciones”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 35; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 61; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 282 y 283; L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45, en especial p. 45 (L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional”, ponencia presentada al Congreso Internacional sobre teoría y técnica legislativa, organizado bajo la dirección del Dr. Ernesto Vidal en la Universidad de Valencia del 27 al 30 de octubre de 1997); e *Id.*, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 142.

sólo el sistema formal de producción de las mismas que la Constitución establece, sino, y sobre todo, el cuadro de valores y de limitaciones del poder que en la Constitución se expresa”³¹¹. O, lo que es lo mismo, “los tribunales deben admitir como ley válida y vinculante aquella que no sólo haya sido formalmente promulgada de acuerdo con el procedimiento establecido por el ordenamiento jurídico, sino también que esté de acuerdo en cuanto a su contenido con los preceptos de la Constitución”³¹². Dicho de forma breve, en el Derecho del Estado constitucional, “la totalidad del sistema puede de esta forma encontrar determinados criterios de identificación de normas, que ya no serían sólo de tipo jurídico-formal, sino también de carácter sustancial o material”³¹³. En suma, el neoconstitucionalismo defiende la tesis del Derecho como sistema normativo mixto a partir de la afirmación de que, en el Derecho del Estado constitucional, la validez de las normas depende de criterios formales y criterios materiales. De este modo, por otro lado, es posible distinguir entre validez formal y validez material o, lo que significa lo mismo, entre límites formales y límites materiales.

Por criterios formales de validez, el neoconstitucionalismo entiende el órgano y el procedimiento para crear Derecho. Se trata de la idea de validez formal. En este sentido, por ejemplo, se ha sostenido que: “[u]na norma jurídica *N* es formalmente válida cuando el órgano que la ha dictado ha seguido las normas de procedimiento que regulan la creación de *N*”³¹⁴. O, lo que es lo mismo: “[l]a validez formal supone la observancia de las normas que confieren un poder normativo, o bien de las normas que regulan el ejercicio de tal poder”³¹⁵. De esta manera, por otro lado, se dice que la Constitución impone límites formales o procedimentales “mediante normas que regulan el procedimiento de formación de la ley, de modo que el órgano legislativo no puede

³¹¹ E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Civitas, 3ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1988, p. 50.

³¹² L.M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos: Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005, p. 33.

³¹³ VV.AA., “Lección Duodécima: Legitimidad del poder y justicia del Derecho. La justicia formal: la seguridad jurídica. La justicia material. Los valores superiores. Los derechos fundamentales como desarrollo de la idea de justicia”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho*, cit., pp. 441-486, en especial p. 444.

³¹⁴ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 118.

³¹⁵ R. GUASTINI, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 86.

legislar, si no lo hace de conformidad al procedimiento establecido por la Constitución”³¹⁶.

Por criterios materiales de validez, en cambio, las teorías neoconstitucionalistas se refieren a los valores, principios y derechos fundamentales³¹⁷ incorporados en la Constitución. Es verdad que como ya se dijo, esta afirmación es aplicable a ciertos contextos, como el caso de la Constitución española de 1978³¹⁸. Sospecho, sin embargo, que lleva razón Peces-Barba cuando nos alerta sobre el hecho de que: “[d]efender la relevancia de los contenidos materiales en la validez jurídica no implica defender la importancia de unos contenidos concretos. En definitiva, esta defensa supone sostener que junto con las dimensiones formales hay unas dimensiones materiales que siempre están presentes, aunque sus contenidos específicos puedan ser variables y diferentes”³¹⁹. A ello me referiré más adelante. Aquí, conviene insistir en que en este trabajo está justificado decir que según el neoconstitucionalismo los criterios materiales de validez son los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución. Porque, por una parte, estimo que esta afirmación puede extenderse a otros sistemas jurídicos, diferentes de los casos español, alemán o italiano. Y por otra, ya que no debe perderse de vista que el contexto de esta segunda parte de la investigación es el Derecho del Estado constitucional, esto es, el tipo de sistema jurídico presente en Europa a partir de mediados del siglo XX. En el que como se vio se defiende que uno de sus rasgos es la incorporación en la Constitución de valores, principios y derechos fundamentales.

³¹⁶ R. GUASTINI, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 235.

³¹⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 73, hablando de que los derechos fundamentales tienen una función objetiva y una función subjetiva, señala que: “[e]n principio, puede afirmarse que lo anterior supone defender que los derechos funcionan en el [o]rdenamiento de dos maneras. En primer lugar, como criterios de ordenación (función objetiva), y, en segundo lugar, como técnica al servicio de la protección del individuo (función subjetiva). A pesar de que suele identificarse función objetiva de los derechos con el papel de éstos en cuanto criterios de validez, debemos ser conscientes de que el alcance de criterios de validez dependerá de la Teoría del Derecho desde la que se afronte el estudio, por lo que [le] parece menos comprometido hablar de “criterios de ordenación” del sistema. Con ello [quiere] hacer referencia a la idea de que los derechos condicionan la unidad, plenitud y coherencia del [o]rdenamiento, desde el momento en que se convierten en normas “superiores” que deben ser tenidas en cuenta en cualquier acto de creación o aplicación del Derecho. En este sentido, el conjunto de consecuencias provocadas por la asunción de los derechos fundamentales de ese carácter objetivo se puede llamar “efecto de irradiación””.

³¹⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 339-354, en especial p. 342.

³¹⁹ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., pp. XXI-XXIV, en especial p. XXIV.

En relación con los valores, por ejemplo, Peces-Barba explicando el origen de este término afirma que: “[l]a finalidad del constituyente es señalar los objetivos máximos a realizar por el Derecho, como objetivos éticos. Es decir, se trata de superar el formalismo ético consistente en afirmar que todo Derecho regularmente creado es justo (cuando [habla] de <regularmente creado> [quiere] decir por el órgano competente habilitado para ello), introduciendo estos criterios materiales, expresión del máximo acuerdo y consenso social”³²⁰, que junto con los principios y derechos fundamentales como se acaba de decir, según el neoconstitucionalismo, determinan la validez de las normas. Se trata de la idea de validez material. Así, se ha dicho que: “[u]na norma *N* es materialmente válida cuando el órgano que la ha dictado no viola ninguna de las restricciones de contenido que determinadas normas superiores a *N* imponen”³²¹. En otros términos: “[l]a validez material supone la observancia de las normas que determinan el ámbito de competencia y el contenido de la normación futura”³²². Se ha advertido, por otra parte, que la Constitución impone límites materiales o sustanciales a la legislación “mediante normas que vinculan el contenido de las leyes futuras, de forma que le está prohibido al legislador aprobar leyes con un cierto contenido”³²³.

Hasta aquí los criterios formales y materiales de validez. Como ya se dijo, estos son el punto de partida del neoconstitucionalismo para afirmar la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. En efecto, esta tesis comienza por decir que en el Derecho del Estado constitucional la validez de las normas no sólo depende de criterios formales, sino también de criterios materiales³²⁴. Las teorías neoconstitucionalistas defienden que en este tipo de sistema jurídico una norma es válida si y en la medida en que es creada por el órgano y el procedimiento adecuados, y si su contenido está conforme con los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución³²⁵. Si esto es así, el

³²⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Los valores superiores* (1984), Tecnos, 1ª reimp., Madrid, 1986, p. 51.

³²¹ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 118.

³²² R. GUASTINI, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, trad. de M. Carbonell, en *Id., Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 86.

³²³ R. GUASTINI, “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 235.

³²⁴ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, cit., p. 605; y N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 141.

³²⁵ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 8; R. de ASÍS ROIG, *Jueces y normas...*, cit., pp. 26, 39 y 40; M.C. BARRANCO AVILÉS, “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, cit., p. 346; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Prólogo”, a M.J. FARIÑAS DULCE,

neoconstitucionalismo señala que el Derecho del Estado constitucional no es un sistema dinámico como lo piensa Kelsen, sino mixto. Porque como se acaba de ver, la validez de las normas no sólo depende de que sean creadas por el órgano y el procedimiento adecuados. Pues los contenidos materiales también determinan la validez de las normas. Dicho de otra forma: “[l]a inclusión de contenidos sobre derechos fundamentales -es decir contenidos materiales- en las normas superiores de los [o]rdenamientos es uno de los factores que hace que, en realidad, el sistema jurídico sea un sistema mixto”³²⁶.

Conviene insistir en que el neoconstitucionalismo formula el argumento objeto de este capítulo como reacción frente a la teoría de Kelsen. Por ello, como se ve estuvo justificado referirme aquí a ese planteamiento. Prieto reseña bien esta reacción, cuando afirma que “en el concepto de validez intervienen en realidad dos clases de criterios que, en terminología kelseniana, podemos llamar dinámico y estático. En virtud del primero, una norma es válida cuando el hecho de su creación viene autorizado por otra norma del sistema, con independencia de cuál sea su contenido [...] En cambio, el criterio estático supone que una norma es válida cuando su contenido -lo que manda, prohíbe o permite- puede derivarse del contenido de una norma superior del sistema o, al menos, cuando no entra en contradicción con la misma [...] Pues bien, conviene advertir que tradicionalmente los juristas como Kelsen han considerado el sistema jurídico como un sistema fundamentalmente dinámico, razón por la cual veían en la Constitución [...] una simple norma de atribución de competencias”³²⁷.

Lo que se quiere decir entonces es que Kelsen afirma la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico, porque en su teoría la validez sólo depende de criterios formales, siendo así irrelevantes los contenidos materiales. Creo que a ello se refiere Cuenca cuando reseña que: “[p]recisamente, a partir de una cierta lectura de la tesis de la dinamicidad del orden jurídico, basada en lo que puede considerarse como la visión canónica de la oposición sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos, se afirma que la concepción sistemática de lo jurídico defendida por Kelsen considera irrelevantes los contenidos materiales en la determinación de la validez jurídica”³²⁸. El neoconstitucionalismo, en cambio, a partir de la incorporación en la Constitución de

El problema de la validez jurídica, cit., p. 15; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho, cit.*, p. 110.

³²⁶ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos, cit.*, p. 84.

³²⁷ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho, cit.*, p. 78.

³²⁸ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto..., cit.*, p. 14.

contenidos materiales y la idea de que estos funcionan como criterios de validez, afirma que el sistema jurídico no es dinámico sino mixto.

En efecto, como dice Ansuátegui, “lo cierto es que la presencia de dimensiones morales en el Derecho, al menos tal y como ésta se desarrolla en nuestros sistemas constitucionales, trae a primer plano la cuestión de las mejores o peores razones a la hora de identificar los sistemas jurídicos como sistemas mixtos. Como es sabido, a partir de la diferenciación kelseniana entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos, se ha afirmado la posibilidad de caracterizar los sistemas jurídicos como sistemas mixtos, que compartirían rasgos de los sistemas estáticos y de los sistemas dinámicos. La presencia de dimensiones sustanciales en el Derecho, y de manera evidente en los planos superiores del sistema jurídico, precisamente allí donde se articulan las pautas de reconocimiento que definen los criterios de pertenencia, plantea de manera directa la cuestión de la inclusión de dimensiones morales entre dichos criterios de pertenencia. Los sistemas mixtos lo son porque los criterios de identificación de las normas no son de exclusiva naturaleza formal. Por el contrario, junto a las dimensiones formales encontramos también dimensiones sustanciales y materiales. De acuerdo con lo anterior, una norma, para pertenecer al sistema, es decir para cumplir los criterios de validez propios de ese sistema, debe satisfacer determinadas exigencias formales y determinadas exigencias materiales”³²⁹. Por ello, como se ha insistido la objeción a la teoría de Kelsen tiene que ver con su distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos³³⁰. Pero la objeción tiene que ver también con el hecho de que esta distinción no permite diferenciar entre Derecho y moral. Así, continúa Ansuátegui, qué duda cabe de que: “[e]l problema surge cuando la [...] propuesta kelseniana, basada en una separación entre sistemas estáticos y dinámicos, se contrasta con la configuración real y efectiva de los sistemas jurídicos, adquiriéndose conciencia de que, ciertamente, la caracterización señalada no sirve para referirse a los sistemas jurídicos y diferenciarlos de los sistemas normativos morales”³³¹.

Otra crítica a la teoría de Kelsen como ya se dijo es que, según el neoconstitucionalismo, el Derecho del Estado constitucional, a diferencia de lo sostenido por Kelsen, no puede tener cualquier contenido. Creo que Alexy se refiere a ello cuando

³²⁹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, cit., p. 615.

³³⁰ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., pp. 84 y 85.

³³¹ Ídem., p. 84.

explica que la importancia de las normas de derecho fundamental obedece a su fundamentalidad formal y fundamentalidad material. En este sentido, Alexy afirma que: “[l]a *fundamentalidad formal* de las normas de derecho fundamental resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico, en cuanto [D]erecho directamente vinculante para el legislador, el poder ejecutivo y el poder judicial. Lo que ello significa lo muestra la contraposición de dos modelos constitucionales extremos: el puramente procedimental y el puramente material. En el *modelo puramente procedimental*, la Constitución contiene exclusivamente normas de organización y procedimiento. Si se refiere a la legislación, esto significa que la Constitución no excluye directamente nada como contenido posible del [D]erecho positivo. Todo lo que se crea de acuerdo con el procedimiento y las formas previstas para tal efecto, es [D]erecho positivo”³³². Este modelo puramente procedimental, según Alexy, no es otra cosa más que el principio dinámico de Kelsen. Pues bien, la crítica del neoconstitucionalismo es que el Derecho del Estado constitucional no puede tener cualquier contenido, porque este debe adecuarse a los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución. Lo que quiere decir que el contenido de las normas jurídicas no podría ser contrario a ellos. A partir de estas objeciones al planteamiento de Kelsen, lo que el neoconstitucionalismo termina por defender es que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo mixto, porque no es suficiente el criterio formal o dinámico, es decir, que la norma sea creada por el órgano y el procedimiento adecuados, sino que además se requiere el criterio material o estático, esto es, que el contenido de las normas esté conforme con los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución³³³.

Debo advertir, por otro lado, que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto ha sido defendida desde planteamientos diferentes al neoconstitucionalista. Me refiero, por ejemplo, a la postura de Cuenca. En efecto, en *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*³³⁴, Cuenca viene a decir que “tomando como referencia esta interpretación radical de la distinción sistemas estáticos y dinámicos, [ese] trabajo intentará justificar que la comprensión del orden jurídico como un sistema puramente dinámico constituye

³³² R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 461.

³³³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 462 y 463; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 111.

³³⁴ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit.

una descripción errónea del funcionamiento de los órdenes jurídicos y, además, una interpretación cuestionable de la teoría kelseniana. La mejor explicación del funcionamiento del sistema jurídico es aquella que considera que en la determinación de la validez de las normas jurídicas adquieren relevancia no sólo criterios formales, o dinámicos, sino también criterios materiales, o estáticos”³³⁵. Es cierto que Cuenca, al igual que las teorías neoconstitucionalistas, defiende la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. Esto es así, porque a partir de la insuficiencia del planteamiento de Kelsen, vienen a llamar nuestra atención sobre el hecho de que en el sistema jurídico la validez no sólo depende de criterios formales, sino también de criterios materiales. Pero digo que Cuenca defiende esta tesis fuera del planteamiento neoconstitucionalista, porque a diferencia de este, por una parte, Cuenca sostiene que los contenidos materiales que son relevantes para la determinación de la validez jurídica no son necesariamente como lo afirma el neoconstitucionalismo, los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución. Y por otra, ya que Cuenca, a diferencia del neoconstitucionalismo, defiende que para Kelsen los criterios materiales sí son relevantes. Para Cuenca, en fin, hablar de contenidos materiales no quiere decir otra cosa más que afirmar “la exigencia de compatibilidad con los contenidos de las normas superiores”³³⁶. O, lo que es lo mismo, de acuerdo con Cuenca, se trata de “criterios de validez material, esto es, de naturaleza estática, que hacen referencia a la *exigencia de coherencia* de las normas inferiores con el contenido de las normas superiores”³³⁷. De este modo, según Cuenca, todo sistema jurídico y no sólo el Derecho del Estado constitucional es un sistema mixto. En efecto, en sus palabras, “interesa resaltar que, aunque la configuración mixta del sistema jurídico suele ser afirmada en relación con aquellos [o]rdenamientos que incorporan contenidos materiales en la norma constitucional, la reflexión desarrollada en [su] trabajo no se circunscribe al ámbito de los órdenes jurídicos constitucionales. Ciertamente, la dimensión estática adquiere una especial importancia en el funcionamiento del sistema jurídico cuando éste incorpora referencias sustantivas en los planos superiores [...] pero en todo sistema jurídico está necesariamente presente, al menos, en la relación entre las normas generales y las normas individuales. En otros términos, la tesis que se intentará justificar en [esas] páginas es que todos los sistemas

³³⁵ Ídem., p. 15.

³³⁶ Ídem., p. 245.

³³⁷ Ídem., p. 304.

jurídicos, y no sólo los sistemas constitucionales, se configuran como sistemas mixtos”³³⁸. No es mi propósito, sin embargo, avanzar sobre la postura de Cuenca. La mencioné para mostrar que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto como decía ha sido defendida desde coordenadas diferentes a las del neoconstitucionalismo.

He desarrollado uno de los argumentos del neoconstitucionalismo para defender la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional, a partir de la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. Lo interesante es que este argumento no se limita a decir que el positivismo es insuficiente porque no es verdad que el Derecho es un sistema dinámico como lo piensa Kelsen. El argumento viene a decir además que este planteamiento es inadecuado para explicar este tipo de sistema jurídico, porque si los contenidos materiales incorporados en la Constitución son moral y determinan la validez de las normas jurídicas, la moral determina la validez del Derecho. La moral determina qué es Derecho. O, lo que es lo mismo, entre Derecho y moral existe una relación necesaria. Lo que como se sabe comprometería seriamente algunas de las tesis características del positivismo. Así, por ejemplo, en relación con la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, este argumento afirma que en el Derecho del Estado constitucional, como nos recuerda Barranco, “los derechos y los valores se convierten en el criterio último de validez material de los ordenamientos constitucionales [...] Por ello, los contenidos materiales de las [C]onstituciones determinan, en última instancia, el contenido del ordenamiento y también la justicia o injusticia y la legitimidad o ilegitimidad del poder. De este modo, la validez de las normas jurídicas depende de su coherencia con criterios morales y la tesis de la separación conceptual se pone en tela de juicio”³³⁹. Y sobre la tesis de las fuentes sociales, como reseña Prieto, el problema que plantea este argumento para el positivismo es que: “[l]a existencia de [C]onstituciones con plena fuerza normativa y dotadas de un denso contenido sustantivo o moral impide seguir concibiendo la identificación de las normas como una mera cuestión de hecho, pues la validez de las mismas descansa no sólo en el respeto a las condiciones formales de competencia y procedimiento, sino también en su adecuación a los principios y derechos fundamentales que representan otras tantas

³³⁸ Ídem., pp. 15 y 16.

³³⁹ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, cit., p. 347.

condiciones materiales”³⁴⁰. El neoconstitucionalismo, en fin, niega que el Derecho del Estado constitucional sea un sistema dinámico como lo piensa Kelsen, porque, como sostiene Ansuátegui: “[e]s difícil imaginar un sistema jurídico compuesto exclusivamente por normas de producción de normas, a través de diversos mecanismos de habilitación. Y más cuando aquello en lo que se está pensando es un sistema jurídico democrático, propio de un Estado de Derecho, que como tal integra en sus peldaños superiores determinados contenidos de justicia, o por lo menos, un punto de vista sobre la justicia”³⁴¹. Creo, sin embargo, que el argumento objeto de este capítulo no es plausible. A ello me referiré a continuación.

3. Las variedades de positivismo jurídico de Kelsen y Hart frente a la tesis del Derecho como sistema normativo mixto

En el apartado anterior, dije que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de sistema jurídico. Así, mostré algunas explicaciones de este concepto como las de Raz y Kelsen. Señalé que Kelsen distingue entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos, para afirmar la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico. En contra, como se vio el neoconstitucionalismo afirma que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo mixto. Porque la validez de las normas en este tipo de sistema jurídico no sólo depende de criterios formales, sino también de criterios materiales. Estos no son otros más que los contenidos materiales incorporados en la Constitución, es decir, los valores, principios y derechos fundamentales. Además, el positivismo jurídico, según las teorías neoconstitucionalistas, es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, porque afirmar como lo hace el neoconstitucionalismo que los contenidos materiales son moral y determinan la validez de las normas jurídicas compromete seriamente algunas de las tesis características del positivismo jurídico, haciendo que este planteamiento pierda fuerza explicativa respecto del Derecho del Estado constitucional. Pues bien, como se acaba de decir, en mi opinión este argumento no es plausible. Para sostener esta postura, defenderé que en la teoría de

³⁴⁰ L. PRIETO SANCHÍS, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, cit., pp. 87-145, en especial p. 93.

³⁴¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 86.

Kelsen sí son relevantes los contenidos materiales O, como lo hace Cuenca, intentaré justificar que “la concepción del orden jurídico como sistema dinámico que Kelsen maneja exponente, en efecto, del carácter positivista de su aproximación puede asumir, y de hecho asume, la presencia de contenidos materiales en el Derecho y su relevancia en la determinación de la validez jurídica”³⁴² (3.1.). Posteriormente, pondré en duda algunos de los presupuestos del neoconstitucionalismo para sostener la tesis del Derecho como sistema normativo mixto (3.2.). Y finalmente, argumentaré que, frente al positivismo jurídico kelseniano, la teoría de Hart es una mejor explicación del Derecho del Estado constitucional en relación con el problema de la validez jurídica (3.3.).

3.1.La relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen

Kelsen reconoce la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Digo esto porque, por ejemplo, recuérdese que cuando Kelsen explica el concepto de derecho subjetivo, viene a decir que: “[u]na clase especial la constituyen los denominados derechos “políticos”. Se suele definirlos como una autorización para influir en la constitución de la voluntad estatal; ello significa participar, directa o indirectamente en la producción del orden jurídico, en el que se expresa la “voluntad estatal””³⁴³. En efecto, para Kelsen, los políticos “son derechos que dan a su titular influencia sobre el gobierno, y ello quiere decir control sobre los procedimientos de creación y aplicación del Derecho”³⁴⁴. En otros términos, según Kelsen: “[p]or derechos subjetivos políticos entendemos las posibilidades abiertas al ciudadano de tomar parte en el gobierno y en la formación de la “voluntad” del Estado. Dicho sin metáforas, esto significa que el ciudadano puede intervenir en la creación del orden jurídico”³⁴⁵. Lo interesante de acuerdo con Kelsen, por otro lado, es que: “[p]olíticamente libre es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa”³⁴⁶. Los derechos políticos, en fin, “son aquellos que conceden al titular una participación en la formación

³⁴² P. CUENCA GÓMEZ, *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*, cit., p. 3.

³⁴³ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 150.

³⁴⁴ H. Kelsen, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id., Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 304.

³⁴⁵ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 102.

³⁴⁶ Ídem., p. 337.

de voluntad estatal”³⁴⁷ o “los que dan a su poseedor la facultad de intervenir en la formación de la voluntad del Estado”³⁴⁸. O, lo que significa lo mismo, para Kelsen: “[l]a participación en la formación de la voluntad colectiva es el contenido de los llamados *derechos políticos*”³⁴⁹. En concreto, continúa Kelsen, “hay un derecho subjetivo de los *electores* -que constituyen un círculo mayor o menor de individuos-, a saber el *derecho electoral*, y, además, un derecho subjetivo de los diputados a formar parte del parlamento, a saber, el derecho a deliberar y votar en él. A estos modos -o condiciones- de la producción general del orden jurídico se les suele llamar *derechos políticos*. Ordinariamente se los caracteriza, haciendo notar que conceden a su titular una *participación en la forma de la voluntad del Estado*”³⁵⁰. Esta participación, sin embargo, dice Kelsen no es suficiente para considerar a un Estado como democrático. En efecto, de acuerdo con Kelsen: “[p]ara que un Estado sea democrático no basta que sus ciudadanos participen directa o indirectamente en la formación de la voluntad del Estado; además, la [C]onstitución debe garantizar a los ciudadanos libertad de conciencia, de palabra, de prensa, y en particular de asociación”³⁵¹.

Hablando de estos derechos, Kelsen reconoce, por otro lado, que la Teoría del Estado tiene relación, dice, “con una práctica harto discutible de las modernas [C]onstituciones. Por regla general, éstas contienen un catálogo de derechos de libertad. En eso siguen el ejemplo de la [C]onstitución francesa de la época de la gran revolución, la cual, a su vez, imitó las [C]onstituciones de los Estados de la Unión norteamericana. Estos Estados tenían, desde la época en que todavía eran colonias inglesas, una tabla de derechos de libertad, en la cual se marcaba una protección especial al derecho de libertad religiosa de los particulares frente a los ataques del poder estatal”³⁵². Este catálogo de derechos, según Kelsen, “históricamente [tiene] su origen en la concepción iusnaturalista de unas normas absolutas que limitan al Estado”³⁵³. Kelsen no solamente se refiere a los derechos políticos o, como se acaba de decir, a explicar el origen de la práctica, en su opinión, “discutible” de las modernas Constituciones de incorporar un catálogo de

³⁴⁷ H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, cit., p. 200.

³⁴⁸ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 279.

³⁴⁹ H. Kelsen, “Esencia y valor de la democracia” (1920), trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, en *Id.*, *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 22.

³⁵⁰ H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 158 y 159.

³⁵¹ H. Kelsen, “Teoría del Estado”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., p. 276.

³⁵² H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, cit., p. 203.

³⁵³ H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 165.

derechos. Hablando de la Constitución, por otro lado, Kelsen viene a decir que “se incluye ordinariamente bajo esta regulación constitucional formal, los llamados derechos fundamentales o de libertad, que consisten en limitar la posibilidad de realizar ciertos actos estatales que penetren en determinadas esferas de la libertad individual”³⁵⁴. A estos derechos fundamentales o de libertad, Kelsen les llama también “derechos humanos fundamentales”. E insiste en que, en efecto, “constituyen restricciones a la libertad de acción del Estado”³⁵⁵. Aunque como veremos más adelante, Kelsen termina por decir que los derechos fundamentales forman parte de la categoría de los derechos políticos.

En fin, sobre lo que conviene insistir es en que, en mi opinión, queda claro que es posible encontrar en la teoría de Kelsen referencias a los contenidos materiales incorporados en la Constitución. Por lo menos, hasta aquí a los derechos fundamentales. Kelsen, sin embargo, como se sabe manifiesta su reserva por estos contenidos. En efecto, según Kelsen, los derechos incorporados en las modernas Constituciones “no deben ser formulados en términos demasiado generales, no deben emplear terminología difusa, como <libertad>, <igualdad>, <justicia>, etc. De lo contrario, existe el peligro de un *desplazamiento del poder* del Parlamento, no previsto por la Constitución, y desde el punto de vista político, sumamente inoportuno, hacia una instancia ajena a él”³⁵⁶. Creo que esta reserva de Kelsen no es otra cosa más que una llamada de atención sobre el poder de creación de Derecho por parte del juez, al interpretar cláusulas redactadas por el legislador en términos generales. Un poder de creación, dicho sea de paso, no democrático. No es mi propósito, sin embargo, avanzar sobre el poder de creación de Derecho del juez. En cambio, aunque más adelante me referiré al control de constitucionalidad en la teoría de Kelsen, creo que aquí conviene recordar la tesis del poder insoportable del Tribunal constitucional defendida por Kelsen.

La siguiente cita es larga, pero considero que es pertinente reproducirla a fin de mostrar la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen y sus reservas a este respecto. Pues bien, hablando de la invocación que en ocasiones la Constitución hace a los valores, ideales o principios de equidad, justicia, libertad, igualdad o moralidad, Kelsen advierte que “la apelación a los valores en cuestión no significa ni puede significar

³⁵⁴ Ídem., p. 192.

³⁵⁵ H. Kelsen, “Teoría del Derecho”, en *Id., Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., p. 251.

³⁵⁶ H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), trad. de R.J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, p. 33 (H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlín, 1931).

que el Derecho positivo contradiga la concepción personal de cada cual acerca de la libertad, la igualdad, etc. [ni que esta] pueda nunca dispensar a los órganos de creación del Derecho de aplicarlo. Las fórmulas en cuestión no tienen, pues, de forma general, un gran significado. No añaden nada a la realidad efectiva del Derecho [...] Sin embargo, estas mismas fórmulas pueden jugar un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la [j]usticia constitucional. Podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc. como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada, porque ello no podría ser así más que si la Constitución estableciera una directiva precisa, es decir, si indicara un criterio objetivo cualquiera. Ello no obstante, el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las Declaraciones de derechos individuales es fácilmente difuminable, y no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta, siendo la justicia un principio constitucional que el tribunal debe consiguientemente aplicar. Pero, en ese caso, el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable. La concepción de la justicia de la mayoría de los jueces de ese tribunal podría ser completamente opuesta a la de la mayoría de la población y lo sería, evidentemente, a la de la mayoría del Parlamento que hubiera votado la ley. Va de suyo que la Constitución no ha querido, al emplear un término tan impreciso y equívoco como el de justicia u otro similar, hacer depender la suerte de cualquier ley votada en el Parlamento del simple capricho de un órgano colegiado compuesto, como el tribunal constitucional, de una manera más o menos arbitraria desde el punto de vista político”³⁵⁷.

Ya dije que con esta objeción Kelsen llama nuestra atención sobre el poder no democrático de creación de Derecho del juez. Pero sobre lo que aquí quiero insistir es en que Kelsen está consciente de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Así, como se acaba de decir, habla de valores, ideales o principios como los de equidad, justicia, libertad, igualdad o moralidad y de derechos fundamentales. La objeción de Kelsen, sin embargo, es que en su opinión cuando la Constitución se refiere a estos contenidos debe, por lo menos, precisar la forma en que deben entenderse. Cuando

³⁵⁷ H. Kelsen, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 142 y 143.

la Constitución hable de ellos, según Kelsen, debe hacerlo estableciendo una directiva precisa. Debe indicar un criterio objetivo. Sólo así esos valores, ideales, principios o derechos pueden determinar el contenido de las leyes. Por ello, estoy de acuerdo con Cuenca cuando llama nuestra atención sobre el hecho de que “Kelsen considera posible la inclusión de contenidos sustantivos en la Constitución. Otra cosa es que [...] contemple esta incorporación con cierto recelo, en tanto puede suponer el desplazamiento del poder de manos del legislador a manos de los jueces, y exprese su preferencia por una Constitución sin contenidos, o al menos, con contenidos suficientemente precisos”³⁵⁸. Pues sólo de esta forma, Kelsen admite que pueden determinar el contenido de las leyes. Este es, por otro lado, el aspecto que me interesa resaltar. Lo que quiero decir es que Kelsen no sólo habla de los contenidos materiales incorporados en la Constitución, sino que además les asigna una función. Me refiero a que de acuerdo con la teoría de Kelsen como se acaba de decir la función de los contenidos materiales es determinar el contenido de las leyes. Los valores, ideales o principios cumplen esta función sólo si y en la medida en que la Constitución establezca una directiva precisa o un criterio objetivo. Aunque, como se acaba de señalar, siguiendo a Cuenca, Kelsen termina por recomendar que “la Constitución debe, especialmente si crea un tribunal constitucional, abstenerse de todo este tipo de fraseología y, si quiere establecer principios relativos al contenido de las leyes [debe] formularlos del modo más preciso posible”³⁵⁹.

En el caso de los derechos fundamentales, por otro lado, Kelsen habla por ejemplo de “las normas constitucionales a disposición de un Tribunal constitucional para su aplicación, en especial aquellas con las que se establece el contenido de las futuras leyes, como las determinaciones de los derechos fundamentales y otros semejantes”³⁶⁰. En otros términos, no debe perderse de vista que para Kelsen: “[l]a [C]onstitución que regula la producción de normas generales puede determinar también el contenido de las futuras leyes, y las [C]onstituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos. En el primer caso, sólo se da una promesa de promulgación de leyes, sin existir ninguna obligación de hacerlo, dado que, inclusive por razones técnico-jurídicas, sería difícil enlazar una sanción a la falta de leyes del contenido prescrito. Más eficaz es, en cambio, excluir por la [C]onstitución leyes de determinados contenidos. El

³⁵⁸ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., p. 182.

³⁵⁹ H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 143.

³⁶⁰ H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 33.

típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las [C]onstituciones modernas, no es, en lo esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse”³⁶¹. Así, a mi forma de ver las cosas, existen buenas razones para sostener la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen. Digo esto porque, aunque con algunas objeciones, Kelsen por una parte está consciente de la incorporación en la Constitución de estos contenidos. Y por otra, Kelsen asigna a los contenidos materiales incorporados en la Constitución la función de determinar de manera negativa el contenido de las leyes. Esto, por otro lado, no supone contradicción alguna con la idea de Kelsen de que la norma fundante de un sistema jurídico no tiene contenido alguno. O, dicho más precisamente, que su contenido no es otro más que una habilitación para crear Derecho. Que como ya se dijo explica la validez de la primera Constitución y así hasta la Constitución actual de un Estado. Esta, según Kelsen, es decir: “[l]a [C]onstitución (en el sentido material de la palabra) determina, por lo común, sólo el órgano y el procedimiento legislativos, dejando al órgano legislador la determinación del contenido de las leyes. Sólo excepcionalmente determina -y ello con eficacia únicamente en un sentido negativo- el contenido de la ley que se dictará al excluir ciertos contenidos”³⁶². Es decir, conviene insistir en ello, los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución, tienen la función de determinar negativamente el contenido de las leyes. La forma de garantizar este contenido, de acuerdo con Kelsen, es a través del control de constitucionalidad.

En efecto, Kelsen explica que: “[l]os derechos políticos comprenden también los denominados derechos o libertades fundamentales, que las [C]onstituciones de los Estados modernos regulan en cuanto garantizan la igualdad ante la ley, la libertad (es decir, inviolabilidad) de la propiedad, la libertad personal, la libertad de opinión (en especial, la libertad de prensa), la libertad de conciencia, incluyendo la libertad de religión, de asociación y de reunión, etcétera. Estas garantías establecidas en la Constitución jurídica no constituyen de por sí derechos subjetivos, ya se trate de meros derechos reflejos, o bien de derechos subjetivos privados en sentido técnico. Por cierto, aparecen como prohibiciones de violar por ley (o por disposiciones con fuerza legal) la igualdad o libertad garantizadas, es decir, suprimirlas o limitarlas. Pero esas “prohibiciones”, en lo principal, no consisten en imponer al órgano legislativo la

³⁶¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 234.

³⁶² Ídem., p. 242.

obligación jurídica de no dictar tales leyes, sino se reducen a que esas leyes, si hubieran sido promulgadas, puedan ser derogadas por “inconstitucionales” mediante un procedimiento especial previsto a ese efecto. Las garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la [C]onstitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones, puedan ser anuladas”³⁶³. No me detendré, sin embargo, en la cuestión de si conforme a la teoría de Kelsen, estas prohibiciones pesan sólo sobre los órganos legislativos o bien, si se trata de derechos subjetivos³⁶⁴. Me interesa, en cambio, insistir en que el procedimiento del que habla

³⁶³ Ídem., pp. 152 y 153.

³⁶⁴ En este sentido, véase H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 306 y 307, que comienza por afirmar que los derechos fundamentales “de por sí, no constituyen derechos subjetivos; que la “prohibición” de promulgar leyes que lesionen la igualdad o libertad constitucionalmente protegida, no es una obligación jurídica de los órganos legislativos, sino que sólo introduce la posibilidad de anular la ley inconstitucional en un procedimiento especial. Dado que no existe una obligación jurídica del órgano legislativo de no dictar leyes que lesionen la igualdad o libertad constitucionalmente garantizada, ni tampoco la posible obligación jurídica del jefe del Estado, o de los miembros del gabinete, de dejar de participar, mediante su promulgación, sanción o veto, en la producción de esas leyes, como una obligación que pueda considerarse de esos órganos, sin que se requiera, en consecuencia, atribución imputativa alguna a la persona jurídica estatal, la obligación del Estado de respetar la igualdad y libertad de los súbditos sólo significa una exigencia moral y política, dirigida al orden jurídico, de mantener la garantía arriba caracterizada como constitucional”. Es claro, pues, que de acuerdo con Kelsen estas “prohibiciones”, además de los órganos legislativos, también pesan sobre el Jefe de Estado y los miembros del Gabinete. Lo que no está del todo claro, sin embargo, es si los derechos fundamentales son para Kelsen derechos subjetivos. Digo esto porque H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 280 defiende, por otro lado, que: “[c]omo derechos políticos también se consideran usualmente ciertas libertades garantizadas por la [C]onstitución, como la religiosa, la de palabra y la de prensa; el derecho de tener y portar armas; el derecho del pueblo a la seguridad personal y a la inviolabilidad de sus domicilios, papeles y bienes; el derecho contra pesquisas y embargos; el derecho a no ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad sin juicio previo; el de no ser expropiado sin justa compensación, etc. [...] Las libertades que conceden son derechos en sentido jurídico, sólo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar los actos del Estado por los cuales esas prescripciones constitucionales son violadas, y la facultad de hacer que tales actos sean anulados. Todos estos derechos no se encuentran necesariamente limitados a los ciudadanos, también pueden ser concedidos a no ciudadanos”. O, lo que es lo mismo, para Kelsen: “[u]na parte típica de las [C]onstituciones modernas es el catálogo de las libertades o derechos de los ciudadanos. La llamada “declaración de derechos” contenida en las diez primeras Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, puede servir como ejemplo. Dichas Enmiendas tienen en su mayoría el carácter de prohibiciones y mandatos dirigidos a los órganos de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Solamente conceden al individuo un derecho, en el sentido técnico de la palabra, cuando éste tiene la posibilidad de proceder contra el acto inconstitucional del órgano del Estado y, especialmente, cuando puede poner en movimiento un procedimiento que culmine en la nulificación del propio acto inconstitucional. Tal posibilidad sólo puede darla la ley positiva y, consecuentemente, sólo tendrán el carácter de derechos los que se funden en dicha ley” (p. 315). Parece entonces que de acuerdo con Kelsen los derechos fundamentales son derechos subjetivos si y en la medida en que la Constitución establece un procedimiento de control de constitucionalidad. Por ello, como decía no creo necesario detenerme en la naturaleza jurídica de las declaraciones de derechos en la teoría de Kelsen. Prefiero, en cambio, avanzar sobre este procedimiento. No debo, sin embargo, dejar de llamar aquí la atención sobre esta última idea de Kelsen, es decir, que sólo tendrán el carácter de derechos los que se fundan en la ley positiva. J.F. ARRIOLA, “Presentación”, a H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, cit., pp. 5 y 6, en especial p. 6, nos recuerda que “resulta obvio que los derechos del hombre [son] considerados en esta obra [*Allgemeine Theorie der Normen*] como simples derechos públicos subjetivos, es decir, una consecuencia de la norma objetiva. Es a partir del Estado que adquieren sentido estos derechos y nunca antes, conllevando otro problema: estos

Kelsen como decía no es otro más que el control de constitucionalidad. En esta investigación, sin embargo, no me voy a ocupar del control de constitucionalidad³⁶⁵. Me

derechos son [D]erecho positivo, y pueden dejar de serlo”. Sobre lo que quiero llamar la atención es que con esta idea Kelsen sigue la tesis de las fuentes sociales. Pero a ello me referiré más adelante.

³⁶⁵ Creo que el origen del control de constitucionalidad es una tesis defendida por el Juez Coke en el siglo XVII. Al respecto, véanse E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho* (1940), trad. de V. Herrero, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., México, 1964, p. 178 (E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, McGraw Hill, Nueva York-Londres, 1940); y J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES y F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Capítulo XI: Los derechos en la Revolución inglesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo I: Tránsito a la modernidad: Siglos XVI y XVII*, dirección de G. Peces-Barba Martínez y E. Fernández García, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 745-796, en especial p. 774. Desde luego, no es posible hablar de un control de constitucionalidad en el siglo XVII. Como sí, en cambio, lo es a partir de la sentencia *Marbury vs. Madison* dictada por Marshall en el siglo XIX. Sobre esta sentencia y en general sobre el origen del control de constitucionalidad en los Estados Unidos, véanse B. BADER ALDAVE, “Las tendencias del Derecho constitucional en Estados Unidos”, trad. de I. de la Garza Santos, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 11-30, en especial p. 19; A. HAMILTON, “El Federalista, XXXIII” (1788), en *Id et al*, *El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 129-132, en especial p. 131 (A. HAMILTON *et al*, *The Federalist: a Commentary on the Constitution of the United States*, 1780); *Id.*, “El Federalista, LXXXVIII”, en *Id et al*, *El Federalista*, *cit.*, pp. 330-336, en especial pp. 331 y 332; *Id.*, “El Federalista, LXXXI”, en *Id et al*, *El Federalista*, *cit.*, pp. 343-351, en especial p. 344; *Id* y J. MADISON, “El Federalista, LIII” (1788), en *Id et al*, *El Federalista*, *cit.*, pp. 227-231, en especial p. 228; M. NÚÑEZ TORRES, “Nuevas tendencias en el Derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, *cit.*, pp. 135-169, en especial p. 160; L. PRIETO SANCHÍS, “El constitucionalismo de los derechos”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 213-235, en especial p. 214; J. RUIZ VALERIO, “Estado de Derecho. El principio democrático vs. el control jurisdiccional en América Latina”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, *cit.*, pp. 185-210, en especial p. 193; A. de TOCQUEVILLE, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, trad. de L.R. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 7ª reimp., México, 1994, pp. 29-383, en especial p. 107 (A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*. París: Charles Gosselin; 1835, 2v.); y G.R. VELASCO, “Prólogo” (1943), a A. HAMILTON *et al*, *El Federalista*, *cit.*, pp. VII-XXIV, en especial p. XIV. En relación, por otro lado, con los tipos y el funcionamiento del control de constitucionalidad, véanse R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 365; R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho...*, *cit.*, p. 245; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Los enunciados permisivos” (1994), en *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 91-117, en especial p. 95 (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Los enunciados permisivos”, *Doxa*, núms. 15-16, 1994); V. FERRERES COMELLA, “Justicia constitucional y democracia” (1997), en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, *cit.*, pp. 247-303, en especial p. 247 (V. FERRERES COMELLA, “Justicia constitucional y democracia”, este trabajo es una versión modificada de los capítulos segundo y tercero del libro *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997); M. FIORAVANTI, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días* (1999), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 2ª reimp., Madrid, 2011, p. 109 (M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1999); E. GARCÍA de ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, *cit.*, p. 123; R. GUASTINI, “La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, *cit.*, pp. 225-240, en especial p. 231; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, *cit.*, p. 650; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, *cit.*, p. 167; y J. RUIZ VALERIO, “Estado de Derecho: El principio democrático vs. el control jurisdiccional en América Latina”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, *cit.*, pp. 186 y 193. Lo interesante, por otra parte, es que el neoconstitucionalismo defiende que uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es el control de constitucionalidad. Al respecto, véase R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 31-47, en especial pp. 31 y 33. Sin embargo, como decía en esta investigación no me ocuparé del control de constitucionalidad. Aunque, conviene mencionar que este procedimiento no ha estado exento de críticas. En este sentido, véase K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la*

interesa, en cambio, mostrar la forma en la que Kelsen explica este procedimiento especial. Esta opción es pertinente, porque como decía en estas líneas estoy intentando argumentar en favor de la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen. Y como se acaba de señalar, de acuerdo con este planteamiento, los valores, principios y derechos fundamentales determinan de forma negativa el contenido de las leyes. La manera de garantizar este contenido no es otro más que el control de constitucionalidad.

Para Kelsen, como se sabe afirmar que una ley válida es inconstitucional es una contradicción. O, dicho de otra forma, según Kelsen: “[l]a expresión “ley inconstitucional” aplicada a un precepto legal que se considera válido, es una contradicción en los términos. Pues si el precepto es válido sólo puede serlo porque corresponde a la Constitución; si es contrario a ésta, no puede ser válido”³⁶⁶. Pero si ley inconstitucional tiene algún significado, este sólo es que la ley puede ser “derogada” o “anulada”, mediante un procedimiento especial establecido en la Constitución. La ley es válida mientras no sea derogada o anulada. Así, Kelsen sugiere por ejemplo que “la ciencia del Derecho al describir la ley, debe tomar en consideración que las llamadas resoluciones judiciales antijurídicas y las llamadas leyes o códigos anticonstitucionales son, de acuerdo con el Derecho, válidos siempre y cuando no hayan sido anulados por el acto de un órgano competente para resolver sobre su antijuricidad o inconstitucionalidad de acuerdo con un procedimiento jurídico”³⁶⁷.

El problema, sin embargo, es cómo explicar que una ley sea inválida de origen. La respuesta de Kelsen es la tesis de la cláusula alternativa tácita. Esta viene a decir, en palabras de Kelsen, que “el sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo puedan llegar a ser de la manera que la [C]onstitución directamente determina, sino también pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá. La [C]onstitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la [C]onstitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales. Estas normas de la [C]onstitución formulan sólo una de las dos posibilidades que la [C]onstitución crea. La

Constitución (1957), trad. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1976, p. 309 (K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957).

³⁶⁶ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 185.

³⁶⁷ H. KELSEN, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 46.

otra posibilidad es creada por la [C]onstitución al no delegar en ningún otro órgano, salvo el legislativo, la decisión sobre la cuestión de si una ley promulgada por ese órgano es una ley en sentido constitucional. Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La [C]onstitución contiene una regulación directa y una indirecta, de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas”³⁶⁸. Lo que se quiere decir entonces es que el legislador tiene dos caminos para expedir la ley. Uno es el determinado por la Constitución. Y otro el establecido por el propio legislador. En ambos, la ley es válida. La diferencia es que las leyes expedidas por el segundo camino, es decir, a través del procedimiento establecido por el legislador, pueden ser derogadas o anuladas mediante un procedimiento especial. A. García Figueroa, por su parte, explica que: “[e]sto significa que la validez de una ley promulgada por el legislador proviene de su adecuación material y procedimental a la Constitución o bien de su origen en tal legislador. Si una ley cumple con este segundo criterio, pero sin respetar el primero, entonces nos hallamos ante lo que se ha dado en llamar [...] una “ley inconstitucional”. Sin embargo, a juicio de Kelsen, esta norma es anulable, no nula, y, por consiguiente, válida en tanto no sea impugnada”³⁶⁹.

En otros términos, en el tiempo *T1* la Constitución establece el órgano *O* y el procedimiento *P* para expedir una ley. En *T1*, la Constitución puede también excluir ciertos contenidos *C*, a través de valores, principios y derechos fundamentales. Pues bien, como se acaba de decir, la tesis de Kelsen es que estas normas constitucionales tienen un carácter alternativo. Así, para Kelsen, como nos recuerda Nino, “toda norma jurídica coincide con una norma superior, ya sea con su alternativa expresa o con la cláusula tácita de habilitación indeterminada”³⁷⁰. Lo que significa que, si en el tiempo *T2*, el legislador sin seguir el camino establecido en la Constitución expide una ley, por ejemplo, sin ser *O*, o sin seguir *P* o bien, si la ley tiene algún *C*, esta ley es válida en *T2*. Y lo seguirá siendo hasta el tiempo *T3* en que, en su caso, sea derogada o anulada mediante un procedimiento especial.

Debo advertir, por otro lado, que he usado indistintamente los términos “derogación” y “anulación”, pues en ocasiones Kelsen habla de “derogación”, y otras

³⁶⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 279. En este sentido, véase H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 186.

³⁶⁹ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 90.

³⁷⁰ C.S. NINO, “El concepto de validez de Kelsen aplicado al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía” (1974), en *Id.*, *La validez del Derecho*, cit., pp. 29-40, en especial p. 31.

veces de “anulación” como resultado del control de constitucionalidad. Así, por una parte, Kelsen dice que: “[l]a anulación de una ley es una función legislativa o, por decirlo así, un acto de legislación negativa. Un tribunal facultado para anular leyes -en forma individual o de manera general- funciona como legislador en sentido negativo”³⁷¹. Y por otra, Kelsen afirma que: “[l]a ley “inconstitucional” es hasta su derogación -sea una derogación particular, limitada a un caso concreto, o una derogación general- una ley válida. No es nula, sino sólo anulable”³⁷². No voy a entrar, sin embargo, al debate sobre si en la teoría de Kelsen el resultado del control de constitucionalidad es la derogación o la anulación de una ley. Estipularé, en cambio, que el efecto de una y otra es el mismo. Es decir, la ley no es válida. Este es el resultado de su no conformidad con la Constitución. Ya sea porque quien la expidió no era el órgano establecido por la Constitución. No se siguió el procedimiento señalado. O bien, porque la ley tiene alguno de los contenidos excluidos a través de valores, principios o derechos fundamentales. En palabras de Kelsen, conviene reiterar que: “[l]a función esencial de la [C]onstitución, en el sentido material de la palabra, consiste en determinar la creación de normas jurídicas generales, esto es, en determinar a los órganos y el procedimiento de la legislación, así como -hasta cierto grado- el contenido de las leyes futuras. De esta manera surge el problema de asegurar la observancia de esas prescripciones constitucionales y garantizar la constitucionalidad de las leyes”³⁷³.

Se trata, en efecto, de un problema porque, continúa Kelsen: “[l]a inconstitucionalidad de una ley puede consistir -como parece a primera vista- no sólo en que ha sido adoptada mediante un *procedimiento* no prescrito por la [C]onstitución, sino que también puede tener un *contenido* que no debería tener según la [C]onstitución; en la medida en que precisamente la [C]onstitución no sólo regula los procedimientos de la legislación, sino que también determina de alguna manera el contenido de las futuras leyes, por ejemplo, mediante la exposición de pautas, principios, etc.”³⁷⁴. Es claro que se requiere de una solución en caso de no observar dichas prescripciones. Este problema como decía, Kelsen lo resuelve a partir de la alternatividad de las normas con el control de constitucionalidad, a través de la derogación o anulación de la ley de que se trate. A este procedimiento especial, Kelsen también le llama “garantía jurisdiccional de la

³⁷¹ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 318.

³⁷² H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 54.

³⁷³ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 316.

³⁷⁴ H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., p. 24.

Constitución” o bien, “justicia constitucional”. Su función como se acaba de decir es garantizar la constitucionalidad de las leyes. Lo que implica, para Kelsen, “que el control ha de versar tanto sobre el procedimiento con arreglo al cual ha sido elaborado el acto como sobre el contenido del mismo, si es que las normas de grado superior contienen también disposiciones sobre este aspecto”³⁷⁵. Este control, por otro lado, según Kelsen, se trata de “un elemento del sistema de medidas técnicas que tienen como fin asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”³⁷⁶. E, incluso, tiene relación con la democracia. Pues, de acuerdo con Kelsen, como ya se dijo: “[e]ste control incumbe a la jurisdicción constitucional, cuya función es tanto más importante para la democracia cuanto que el mantenimiento de la [C]onstitución dentro del proceso legislativo representa un interés eminente para la minoría, para cuya protección se han ideado los preceptos sobre quórum, mayoría cualificada, etc.”³⁷⁷.

Lo interesante, por otro lado, es preguntarse a quién encomendar este control. No sin cierta discusión³⁷⁸, la respuesta de Kelsen es el Tribunal constitucional. En efecto, como nos recuerda Prieto, “el procedimiento ideado por Kelsen para garantizar el funcionamiento regular de los órganos jurídicos y, en concreto, la prevalencia de la ley sobre cualquier otra consideración en el proceso de decisión judicial, será precisamente la instauración de un juez <ad hoc> encargado de fiscalizar la constitucionalidad de las leyes”³⁷⁹, que como se acaba de señalar no es otro más que el Tribunal constitucional. Kelsen tuvo el mérito de establecerlo por primera vez en la Constitución de Austria de 1920³⁸⁰. Encargado de un control de constitucionalidad de tipo concentrado. Lo que

³⁷⁵ H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id., Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 139.

³⁷⁶ *Ídem.*, p. 109.

³⁷⁷ H. KELSEN, “Esencia y valor de la democracia” (1920), trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, en *Id., Esencia y valor de la democracia*, cit., p. 82.

³⁷⁸ Me refiero, por ejemplo, a la polémica suscitada entre Kelsen y Schmitt sobre la defensa de la Constitución. Al respecto, véanse G. GASIÓ, “Estudio Preliminar”, a H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., pp. IX-XLIV, en especial pp. X, XI, XX, XXI, XXVI y XLI; H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id., Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 129 y 130; *Id., ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, cit., pp. 3, 4, 5, 18, 19, 21, 53 y 54; R. RACINARO, “Introducción”, “Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta” (1978), a H. KELSEN, *Socialismo y Estado...*, cit., p. 128; y C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), s.t., Nacional, México, 1981, pp. 137, 225 y 226 (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928).

³⁷⁹ L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 77 y 78.

³⁸⁰ N. BOBBIO, “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen” (1973), en *Id., Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 235-254, en especial p. 249; L.L. HIERRO, *Estado de Derecho: Problemas actuales* (1998), Fontamara, 2ª ed., México, 2001, p. 35; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 101; y J. RUIZ VALERIO, “Estado de Derecho: El principio democrático vs. el control jurisdiccional en América Latina”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 194 y 195.

quiere decir que el Tribunal constitucional es el único órgano facultado para llevar a cabo este procedimiento especial.

No creo, sin embargo, que sea necesario avanzar sobre este tema. Me interesa, en cambio, insistir en que mostré algunos aspectos de la tesis de la cláusula alternativa tácita y del control de constitucionalidad en la teoría de Kelsen, para defender la relevancia de los contenidos materiales en su planteamiento. De hecho, como nos recuerda Cuenca, “el insistente recurso de la teoría pura al expediente de la cláusula alternativa tácita [...] confirma la importancia que adquiere el respeto de los contenidos materiales de las normas superiores a la hora de determinar la validez de las normas inferiores”³⁸¹. Es cierto, sin embargo, que Kelsen no usa la expresión “contenidos materiales”. Pero también es verdad que en su teoría sí hay referencias a valores, ideales, principios y derechos fundamentales. Estos como se vio según Kelsen tienen una función. Se trata de determinar de manera negativa el contenido de las leyes. La tesis de la cláusula alternativa tácita, por su parte, aunque discutible³⁸², es la forma en la que Kelsen niega la *nulidad ab initio*, pretendiendo, como dice Cuenca, “dar respuesta a aquellas situaciones en las que los órganos jurídicos crean normas que no respetan las determinaciones materiales -y procedimentales- impuestas a su labor por las normas superiores”³⁸³. Con esta tesis, como se vio Kelsen defiende la validez de una ley expedida por un órgano o a través de un procedimiento diversos a los señalados en la Constitución o bien, que estableciera alguno de los contenidos excluidos por medio de valores, ideales, principios o derechos fundamentales. Pero, en estos casos, no debe perderse de vista que la ley puede ser derogada o anulada por el Tribunal constitucional a través del control de constitucionalidad. Lo que, por otro lado, no quiere decir otra cosa más que la ley es declarada no válida por el órgano competente.

La idea que quiero defender es que es poco plausible negar la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen. Digo esto porque no alcanzo a ver cuál es la diferencia entre decir, como lo hacen las teorías neoconstitucionalistas, que los

³⁸¹ P. CUENCA GÓMEZ, *La relación entre el Derecho y el poder en la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen*, cit., pp. 281 y 282.

³⁸² M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, cit., p. 65; P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., pp. 490 y 533; *Id.*, *La relación entre el Derecho y el poder en la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen*, cit., p. 292; e *Id.*, *Una aproximación a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, cit., p. 16.

³⁸³ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., p. 212.

contenidos materiales son criterios de validez, y la declaración como no válida de una ley, a partir de la alternatividad de las normas constitucionales, por tener alguno de los contenidos excluidos por la Constitución, conforme al planteamiento de Kelsen. Por ello, estoy de acuerdo con Cuenca cuando advierte que “la proyección de la doctrina de la cláusula alternativa tácita sobre las normas que regulan los contenidos de las normas inferiores demuestra la importancia que Kelsen concede a la determinación material en la cuestión de la validez jurídica”³⁸⁴. Lo que quiero decir entonces es que en mi opinión no es verdad que en la teoría de Kelsen la validez sólo depende de criterios formales³⁸⁵. Así, coincido de nuevo con Cuenca cuando dice que: “[u]n análisis detenido de su pensamiento revela que Kelsen no defiende una visión del orden jurídico en términos exclusivamente formales, que niegue toda repercusión de los contenidos materiales en la validez de las normas jurídicas”³⁸⁶, pues, en definitiva, concluye Cuenca, “una lectura más detenida de la visión sistemática del Derecho manejada por Kelsen permite afirmar que las normas superiores no sólo determinan formalmente, sino también materialmente la creación de las normas inferiores y que ambos tipos de determinación adquieren importancia a la hora de analizar la validez jurídica”³⁸⁷.

Con este planteamiento, sin embargo, no estoy afirmando, y aquí mi desacuerdo con Cuenca, que Kelsen admita la tesis del Derecho como sistema normativo mixto ni que esta idea sea verdadera. Porque como argumentaré en el subapartado siguiente, si afirmar que el sistema es mixto se reduce a la simple exigencia de adecuación de una norma inferior a una norma superior, creo que hay buenas razones para seguir sosteniendo la tesis de la dinamicidad del Derecho. Pero a ello como decía me referiré más adelante. Sobre lo que aquí quiero llamar la atención es que a mi forma de ver las cosas está abierto el camino para poner en duda algunos de los presupuestos y, en última instancia, el argumento objeto de este capítulo. Digo esto porque en este subapartado mostré que en la teoría de Kelsen es posible encontrar referencias a valores, ideales, principios y derechos fundamentales. Señalé que para Kelsen estos cumplen una función. Que no es otra más que determinar de forma negativa el contenido de las leyes. Y aunque las normas

³⁸⁴ Ídem., pp. 485 y 486.

³⁸⁵ J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar”, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, a H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. XV.

³⁸⁶ P. CUENCA GÓMEZ, *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*, cit., p. 33.

³⁸⁷ P. CUENCA GÓMEZ, *Una aproximación a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, cit., p. 13.

constitucionales según Kelsen tienen un carácter alternativo, en caso de que una ley tenga alguno de los contenidos excluidos por la Constitución, es claro que puede ser declarada no válida por el Tribunal constitucional. De este modo, tengo serias dudas de que sea cierto, como lo piensa el neoconstitucionalismo, que conforme a la teoría de Kelsen la validez sólo depende de criterios formales y que el Derecho puede tener cualquier contenido. Pero sospecho también que no es plausible la defensa del carácter mixto del sistema jurídico.

3.2.La tesis de la dinamicidad del Derecho

Recuérdese que en este capítulo estoy desarrollando uno de los argumentos del neoconstitucionalismo para defender la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional. Conviene insistir en que este argumento viene a decir que el positivismo jurídico es insuficiente porque en este tipo de sistema jurídico la validez de las normas no sólo depende de criterios formales, como según las teorías neoconstitucionalistas lo piensa Kelsen, sino también de criterios materiales. Este argumento, sin embargo, pierde fuerza si como se acaba de mostrar es posible defender la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen. Digo que pierde fuerza porque el planteamiento de Kelsen tendría la misma capacidad que el neoconstitucionalismo para explicar la validez en el Derecho del Estado constitucional. Pues ambas posturas admitirían que la validez de las normas depende de criterios formales y criterios materiales. Y entonces no sería necesaria una “nueva” comprensión de la Teoría del Derecho como lo pretende el neoconstitucionalismo.

Este, sin embargo, insistiría en que el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el sistema jurídico porque si como lo defienden estas teorías los contenidos materiales son moral, o dicho con mayor precisión, son Derecho por su verdad o corrección moral, las tesis de las fuentes sociales y de la separación conceptual afirmadas por el positivismo se verían seriamente comprometidas. Lo interesante, entonces, es preguntarse si para Kelsen los contenidos materiales son moral. Lo que no quiere decir otra cosa más que la pregunta por la relación entre Derecho y moral en la teoría de Kelsen. Para Kelsen, como señalé en el apartado anterior, el Derecho, a diferencia de la moral, es

un orden coactivo. Lo que como se vio quiere decir que las sanciones que establecen son diferentes. Las sanciones del Derecho, a diferencia de la moral, implican la fuerza física. Señalé que según Kelsen el Derecho y la moral son conjuntos de normas. Estos forman un sistema, porque respectivamente tienen un mismo fundamento de validez. Lo que significa que las normas fundantes del Derecho y la moral son diferentes. Como diferente es también la índole de la fundamentación o relación entre las normas en uno y otro sistema. Así, como se mostró, para Kelsen es posible distinguir entre sistemas estáticos (la moral) y sistemas dinámicos (el Derecho). Lo interesante, por otro lado, es que para Kelsen la distinción entre Derecho y moral tiene que ver también con su comprensión de la Teoría del Derecho. Efectivamente, para Kelsen: “[l]a exigencia de distinguir el [D]erecho de la moral, y la ciencia jurídica de la ética, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del [D]erecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobado su objeto, sino conocerlo y describirlo. Aun cuando las normas del [D]erecho, como prescripciones de deber, constituyen deberes, la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito”³⁸⁸. Digo, en fin, que para Kelsen la distinción entre Derecho y moral tiene que ver con su comprensión de la Teoría del Derecho, porque como se acaba de señalar, según Kelsen, su carácter de ciencia obedece a que no implica valoración moral alguna sobre el Derecho.

En efecto, como explica Raz: “[p]ara Kelsen es un hecho evidente en sí mismo que la teoría jurídica está libre de toda consideración moral. Dada su teoría de la ética esencialmente emotivista, esto constituye una condición necesaria para que su teoría jurídica resulte <científica>”³⁸⁹. A la postura ética de Kelsen me referiré más adelante. Aquí, en cambio, conviene advertir que, en la teoría de Kelsen, la distinción entre Derecho y moral tiene que ver también con la necesidad de mostrar que según Kelsen la validez del Derecho es independiente de la validez de la moral objetiva. Es cierto que esto ya se había aclarado en las páginas dedicadas a la teoría pura. Pero lo que aquí quiero poner a la vista es el rechazo de Kelsen por la moral objetiva. Por lo que pienso que es necesario replantearlo. En fin, en palabras de Kelsen: “[l]a exigencia de distinguir el [D]erecho de

³⁸⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 81.

³⁸⁹ J. RAZ, “La cuestión de la naturaleza del Derecho” (1983), en *Id.*, *La ética en el ámbito público*, cit., p. 218.

la moral, el [D]erecho de la justicia, significa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de la validez de esa única moral absoluta exclusivamente válida, de esa moral de las morales, de la moral por excelencia. Si sólo se presupone un valor moral relativo, la exigencia de que el [D]erecho *deba* ser moral, lo que implica: *deba* ser justo, sólo puede significar que la configuración del [D]erecho positivo debe corresponder a *un determinado* sistema moral, entre los muchos posibles; con lo cual, con todo, no se excluye la posibilidad de la exigencia de que la conformación del [D]erecho positivo *deba* corresponder a otro sistema moral, con el cual posiblemente de hecho concuerda, aun contrariando alguno de esos diferentes sistemas morales”³⁹⁰.

El Derecho, según Kelsen, puede corresponder a un determinado sistema moral. De hecho, Kelsen advierte que: “[n]ingún orden jurídico se presenta como moralmente indiferente o inmoral, aun cuando sólo realice la moral de cierto grupo de la comunidad jurídica [...] y que puede chocar más o menos con la moral de otros grupos”³⁹¹. Dicho de otra forma, para Kelsen, “cada orden jurídico corresponde o se adapta, más o menos, a un determinado orden moral que rige dentro de un grupo dirigente cuyos intereses determinan el proceso de creación del Derecho y, consecuentemente, se considera, desde el punto de vista de este orden moral, como justo. Pero al mismo tiempo puede ser, más o menos, contrario a un orden moral prevaleciente en otros grupos, pertenecientes a la misma sociedad para la que es válido el orden jurídico”³⁹². Esto quiere decir, por otro lado, que Kelsen no tiene problema alguno para reconocer que las normas jurídicas pueden tener el mismo contenido que las normas morales. O, lo que significa lo mismo, Kelsen admite que “Derecho y moral pueden coincidir en un mismo comportamiento”³⁹³. Así, por ejemplo, explicando la distinción ya apuntada entre las sanciones del Derecho y la moral, Kelsen afirma que: “[l]a diferencia entre normas jurídicas y morales consiste [...] en que las primeras ordenan o establecen un cierto comportamiento al atribuir o imputar a la conducta contraria un acto coercitivo como sanción, en tanto que las normas morales estatuyen un determinado comportamiento (y algunas de ellas el mismo que el señalado por las normas jurídicas), sin atribuir o imputar al comportamiento contrario una sanción como acto coercitivo”³⁹⁴.

³⁹⁰ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 79.

³⁹¹ H. Kelsen, *Sociedad y naturaleza...*, cit., p. 88.

³⁹² H. Kelsen, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 62.

³⁹³ H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 213.

³⁹⁴ H. Kelsen, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 61 y 62.

El ejemplo es la norma moral que dice no matarás, y la norma jurídica que tipifica el delito de homicidio. Estas normas coinciden en su contenido. Que no es otro más que la prohibición de privar de la vida a otro. La diferencia, sin embargo, es que si se comete el delito de homicidio se imputa una sanción que implicará, en su caso, la fuerza física. En cambio, la contravención de la norma que dice no matarás se limitará, como todas las sanciones de la moral según la teoría de Kelsen, a la reprobación de la conducta del autor. En la teoría de Kelsen, el hecho de que el contenido de las normas jurídicas pueda coincidir con el de las normas morales se explica porque como se ha insistido, para Kelsen, el Derecho puede corresponder a un determinado sistema moral. Y esto es así, por otro lado, porque para Kelsen las normas morales pueden influir al legislador. En efecto, en sus palabras: “[a] veces [...] junto con las normas jurídicas se consideran también los fundamentos jurídicos o principios jurídicos como partes integrantes del orden jurídico. El problema de la generación de [D]erecho provoca esta diferenciación, ya que la generación de normas jurídicas generales e individuales está influida por principios de la moral, la política y las costumbres, que se dirigen a las autoridades que generan [D]erecho, y que exigen un contenido determinado de las normas jurídicas que están por generarse. La influencia de estos principios se expresa en la circunstancia de que el contenido de las normas jurídicas generadas por las autoridades del [D]erecho coincide, en mayor o menor media, con estos principios”³⁹⁵.

Hasta aquí podría defenderse que Kelsen admite la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Es decir, Kelsen admitiría que entre Derecho y moral existen numerosas conexiones, pero que estas son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. Esto es relevante ahora porque recuérdese que en este subapartado estoy mostrando la relación entre Derecho y moral en la teoría de Kelsen, a fin de determinar si de acuerdo con su planteamiento los contenidos materiales son moral. Como decía, Kelsen admite la tesis de la separación conceptual. No debe perderse de vista, sin embargo, que la moral de la que aquí estamos hablando es la moral social. No, en cambio, la moral objetiva. En efecto, como nos recuerda Cuenca, “la versión de la tesis de la separación conceptual que Kelsen asume afirma la independencia del Derecho respecto de la moral correcta y no respecto de cualquier moral”³⁹⁶. En definitiva, creo que hay

³⁹⁵ H. Kelsen, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 123.

³⁹⁶ P. CUENCA GÓMEZ, *Una aproximación a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*, cit., p. 3.

buenas razones para sostener que Kelsen rechaza la moral objetiva³⁹⁷. Incluso, este rechazo queda de manifiesto cuando, por ejemplo, Kelsen habla de la justicia³⁹⁸ o bien, de la paz³⁹⁹. Kelsen es un relativista ético o emotivista⁴⁰⁰. Cuando Kelsen distingue entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos, creo que lo que está haciendo es distinguir entre el Derecho y la moral objetiva. O, dicho de otra forma, como propone Cuenca, “la dicotomía kelseniana no serviría tanto para diferenciar estructuralmente el Derecho y la [m]oral sino para distinguir dos concepciones de lo jurídico enfrentadas el positivismo y el iusnaturalismo”⁴⁰¹. Así, se explica que conforme a su planteamiento la validez del Derecho sea independiente de la validez de la moral objetiva. Como se vio, el Derecho, según Kelsen, es un sistema dinámico. Lo que quiero decir entonces es que a mi forma de ver las cosas cuando Kelsen reconoce que en la Constitución pueden incorporarse valores, ideales, principios y derechos fundamentales estos no son moral, sino Derecho, pero no por su verdad o corrección moral, sino por un hecho social. De este modo, el argumento objeto de este capítulo pierde fuerza, pues decir como lo hace Kelsen que en la Constitución pueden estar incorporados contenidos materiales que son Derecho por un hecho social, en ninguna forma compromete las tesis de las fuentes sociales ni de la separación conceptual entre Derecho y moral.

Lo interesante, por otro lado, es que en mi opinión el argumento del neoconstitucionalismo pierde fuerza al sostener que el Derecho es un sistema mixto. Es cierto que es posible afirmar cierta lectura de esta tesis desde las coordenadas del positivismo. Pienso en planteamientos como los de Cuenca o Ansuátegui. Pero lo que

³⁹⁷ H. KELSEN, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 83; *Id.*, *¿Qué es la justicia?*, cit., p. 75; *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 81; e *Id.*, *¿Una nueva ciencia de la política? ...*, cit., p. 16.

³⁹⁸ H. KELSEN, “Introducción”, a *Id.*, *¿Qué es la justicia?*, cit., pp. 7 y 8, en especial p. 7; *Id.*, “La idea de justicia en las Sagradas Escrituras” (1952-1953), trad. de A. Peralta García, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., p. 180; *Id.*, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., pp. 268 y 284; *Id.*, “Prefacio a la edición castellana”, a *Id.*, *Sociedad y naturaleza...*, cit., p. VII; *Id.*, *¿Qué es la justicia?*, cit., pp. 9, 10, 13, 47, 48 y 83; *Id.*, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., pp. 31 y 50; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 6 y 7; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 62, 71 y 72.

³⁹⁹ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 24 y 25; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 209.

⁴⁰⁰ H. KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, cit., pp. 76-78; *Id.*, “Teoría del Estado”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., p. 277; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2005, p. 136; y J. RUIZ MANERO, “Presentación: Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen”, a H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 16. En relación con el relativismo, véanse R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 59; y J.A. GARCÍA AMADO, “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, cit., p. 217.

⁴⁰¹ P. CUENCA GÓMEZ, *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*, cit., p. 5.

quiero defender es que el Derecho como dice Kelsen es un sistema dinámico. En lo que sigue explicaré por qué. Cuando las teorías neoconstitucionalistas afirman esta tesis creo que lo que quieren decir como se ha insistido es que en el Derecho del Estado constitucional la validez de las normas depende de criterios formales o dinámicos y de criterios materiales o estáticos. Pero estos últimos, es decir, los criterios materiales o estáticos, es decir, los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución, según el neoconstitucionalismo, no son otra cosa más que moral objetiva⁴⁰². O, dicho con mayor precisión, son Derecho por su verdad o corrección moral. Lo que defiende el neoconstitucionalismo como se sabe es la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral⁴⁰³. Ferrajoli, por ejemplo, explica que esta tesis “afirma que *la* justicia en algún sentido objetivo de la palabra, y no simplemente el respeto a los principios de justicia contingentemente positivizados en las Constituciones, es una condición de la validez de las normas jurídicas, de modo que una norma (al menos cuando es excesivamente) injusta no es válida”⁴⁰⁴. En este sentido, García Amado, por su parte, nos recuerda que: “[e]l neoconstitucionalismo [...] presuponiendo o bien el tipo de moral a que se refiere Dworkin o Radbruch, o bien algún género de moral objetiva como la que la alemana Jurisprudencia de Valores ponía en la base de los sistemas jurídicos, insiste en que esa moral está presente como sustancia o esencia última de las [C]onstituciones vigentes”⁴⁰⁵.

Es claro que cuando el neoconstitucionalismo habla de contenidos materiales quiere decir contenidos de moral objetiva, que son Derecho por su verdad o corrección moral. Para Kelsen es cierto que los contenidos materiales son Derecho, pero niega que lo sean por su verdad o corrección moral. Afirma, en cambio, que son Derecho por un hecho social. Digo esto porque en relación con los principios, por ejemplo, Kelsen advierte que: “[l]os principios jurídicos nunca pueden ser presupuestos por un ordenamiento legal; sólo pueden ser creados por el orden jurídico. Pues son “jurídicos” única y exclusivamente porque y en cuanto son establecidos por un ordenamiento jurídico

⁴⁰² J. FERRER BELTRÁN, “Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el Derecho: Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, cit., pp. 147-182, en especial pp. 165 y 166.

⁴⁰³ R. ALEXI, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., pp. 79 y 81.

⁴⁰⁴ L. FERRAJOLI, “Prólogo”, trad. de A. Greppi, a N. BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., pp. 16 y 17.

⁴⁰⁵ J.A. GARCÍA AMADO, “Positivism jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, cit., p. 182.

positivo”⁴⁰⁶. Lo que quiere decir que, para Kelsen, a diferencia del neoconstitucionalismo, un valor, principio o derecho no es Derecho por su verdad o corrección moral sino por un hecho social. Por eso, Kelsen no podría admitir que el sistema jurídico es mixto, si con esto se quiere decir que la validez del Derecho depende de la moral objetiva como lo hace el neoconstitucionalismo. O, lo que significa lo mismo, si los criterios materiales o estáticos entendidos como moral objetiva fueran relevantes en la determinación de la validez jurídica.

En mi opinión, como concluí en el capítulo anterior, los contenidos materiales incorporados en la Constitución son Derecho por un hecho social. A mi forma de ver las cosas, por otro lado, es innegable que una de las funciones de estos contenidos es determinar la validez de las normas jurídicas. Pero no, como dice el neoconstitucionalismo, porque se trate de moral objetiva, sino porque como explica Kelsen estos contenidos determinan de forma negativa el contenido de las leyes. No es necesario insistir aquí en mi rechazo por la moral objetiva. Debo, sin embargo, apuntar que estoy consciente de que este rechazo es aceptar que quien, por ejemplo, ejerce el control de constitucionalidad realiza un juicio de valor subjetivo. Pero si esto es así, la pregunta entonces es cuál es el parámetro moral del juez. A la interpretación del Derecho del Estado constitucional me referiré en el capítulo siguiente. Pero aquí conviene avanzar que se han ofrecido respuestas interesantes. Me refiero, por ejemplo, a la propuesta de Barranco sobre una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo. Barranco afirma que hoy la incorporación en la Constitución de un conjunto de derechos garantizados por sistemas jurídicos de control es un hecho. Que sin duda distorsiona la distribución de poderes. Aquí, sostiene Barranco, “la referencia a una teoría de la justicia basada en derechos resulta obligada para orientar y criticar las decisiones jurídicas en el marco del constitucionalismo”⁴⁰⁷, que resulta aplicable tanto al juez como al legislador. Digo que es una propuesta interesante, porque es claro que el juez requiere de un parámetro moral al tomar una decisión. Y que los derechos fundamentales pueden ser una respuesta adecuada. Considero también que se trata de una propuesta interesante, porque quizás Waldron tiene razón cuando advierte que: “[n]o cabe duda de que es posible

⁴⁰⁶ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 295.

⁴⁰⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: Una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 13-31, en especial p. 25.

desarrollar una [T]eoría general del [D]erecho como parte o como consecuencia de una determinada teoría sustantiva de la justicia”⁴⁰⁸.

Como decía, sin embargo, en este trabajo estoy defendiendo un rechazo por la moral objetiva. Este obedece, por ejemplo, a que coincido con García Amado cuando advierte que “algunos, positivistas o no, ni estamos fácilmente dispuestos a asumir que una parte del [D]erecho sea mero objeto de fe, como creencia en lo que no se ve ni se demuestra, ni nos sentimos muy complacidos al pensar que nosotros no vemos en toda su objetiva claridad lo que para otros es evidente y no necesita mayor explicación”⁴⁰⁹. O bien, este rechazo tiene que ver con el hecho de que comparto la opinión de Prieto, cuando señala que “la moral es una construcción humana, un artificio, como lo es también el Derecho”⁴¹⁰. En fin, como venía diciendo, en el capítulo anterior ya señalé que es innegable la presencia de contenidos materiales en la Constitución del Derecho del Estado constitucional, que son Derecho por un hecho social. Y como se acaba de apuntar, es claro también que son relevantes en la determinación de la validez jurídica. Por ello, creo que es necesario explicar esta función. En esta investigación voy a proponer que los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución funcionan como límites a la competencia de los órganos creadores y aplicadores de Derecho⁴¹¹. Esta propuesta, presente en la teoría de Kelsen⁴¹², no es otra cosa más que la idea de Hart de que existen “limitaciones de fondo”.

Recuérdese que Hart objeta a la teoría de Austin que un soberano jurídicamente ilimitado no es una condición necesaria de la existencia del Derecho. Este planteamiento de Austin, según Hart, “desfigura” la situación de Estados modernos, en que no hay duda

⁴⁰⁸ J. WALDRON, “Introducción”, a *Id.*, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 7-25, en especial p. 15.

⁴⁰⁹ J.A. GARCÍA AMADO, “Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas: Comentario a las tesis de Andrés Ollero”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, *cit.*, pp. 53-116, en especial pp. 100 y 101.

⁴¹⁰ L. PRIETO SANCHÍS, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, *cit.*, p. 135.

⁴¹¹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 455 y 484; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Los enunciados permisivos” (1994), en *Id.*, *Las piezas del Derecho...*, *cit.*, p. 95; *Id.*, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, *cit.*, p. 42; J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar”, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, en H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, *cit.*, p. LIX; y VV.AA., “Lección Segunda: Tipología de los sistemas normativos. El Derecho, la moral y los usos sociales. Distinciones y conexiones. El Derecho como realización de la moralidad: la moral legalizada”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho*, *cit.*, pp. 59-98, en especial p. 60.

⁴¹² H. KELSEN, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, *cit.*, pp. 115 y 116; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, *cit.*, p. 314; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, *cit.*, p. 57.

de que existe Derecho. Dichos sistemas cuentan con legislaturas. Pero ello no quiere decir que sean ilimitadas. Esto es así, en palabras de Hart, porque: “[u]na [C]onstitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación (cosas que, podemos conceder, no son limitaciones), sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo”⁴¹³. Conviene, dice Hart, prestar atención a la idea de “limitaciones jurídicas”, siguiendo con el ejemplo de Rex. Supongamos, propone Hart, que en una sociedad simple existe una regla aceptada que dice que toda norma dictada por Rex que establezca el destierro de los nativos o bien, que prive de la libertad a los habitantes sin juicio, será no válida. En este caso, continúa Hart, es claro que la potestad legislativa de Rex está limitada jurídicamente. Pues una norma dictada por Rex en contravención a aquella regla será nula. Aunque claro está nada nos haría dudar de que el resto de las normas dictadas por Rex son Derecho, o que nos encontramos frente a un sistema jurídico independiente. Se podría decir que en este caso Rex “no puede” imponer el destierro, o privar a una persona de su libertad sin juicio. Esta afirmación es distinta de aquella norma que impone un deber de no hacer: *A no puede andar en bicicleta*. Esta diferencia, según Hart, nos permite sostener que: “[u]na [C]onstitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquélla el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que tal pretendida legislación será nula. No impone deberes jurídicos sino que establece incompetencias jurídicas. “Límites” no significa aquí la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica”⁴¹⁴. Por ello, para Hart, tales límites bien pueden ser llamados “constitucionales”. No son morales ni convencionales. Son límites jurídicos, relevantes para los jueces porque si tal límite forma parte de la regla que confiere la potestad legislativa, esa regla es la misma que los jueces usarán, según Hart, “como criterio para decidir acerca de la validez de los actos pretendidamente legislativos que llegan a su conocimiento”⁴¹⁵.

Recuérdese, por otro lado, que hablando del soberano detrás de la legislatura, Hart insiste en que en los sistemas jurídicos modernos es común que la suprema legislatura esté sujeta a límites jurídicos. En este caso, también es claro que las normas dictadas por tal legislatura dentro de los límites de su competencia son Derecho. Aquí, continúa Hart,

⁴¹³ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, cit., p. 85.

⁴¹⁴ Ídem., p. 86.

⁴¹⁵ Ídem., p. 87.

para sostener que donde existe Derecho debe existir un soberano ilimitado, debe buscársele detrás de la legislatura jurídicamente limitada ¿Es esto posible? Para responder a esta pregunta, según Hart, prescindamos por un momento de aquellas reglas que dicen quién es legislador y cómo legisla. Pues estas, dice Hart, no son limitaciones jurídicas a su potestad legislativa. Aunque de hecho sea difícil distinguir entre aquellas reglas y estas limitaciones “de fondo”. En palabras de Hart: “[e]ncontramos, sin embargo, ejemplos obvios de limitaciones de fondo en [C]onstituciones federales tales como las de Estados Unidos o Australia, donde la división de los poderes entre el gobierno central y los estados miembros, y también ciertos derechos individuales, no pueden ser modificados por los procedimientos ordinarios de legislación. En estos casos una norma sancionada por la legislatura [estatal] o por la legislatura central, que sea incompatible con la división federal de los poderes o con los derechos individuales protegidos de esa manera, o que pretenda modificar uno u otros, es susceptible de ser considerada *ultra vires*, y declarada jurídicamente inválida por los tribunales, en la medida en que entre en conflicto con las cláusulas constitucionales. La más famosa de tales limitaciones jurídicas a las potestades legislativas es la Enmienda Quinta de la Constitución de los Estados Unidos. Ella establece, entre otras cosas, que ninguna persona será privada “de su vida, libertad, o propiedad sin debido proceso legal”; y leyes del [C]ongreso han sido declaradas inválidas por los tribunales cuando se las ha considerado en conflicto con esta o con otras restricciones impuestas por la Constitución a las potestades legislativas de aquel cuerpo”⁴¹⁶.

Estimo pertinente esta revisión de la teoría de Hart sobre la tesis de las limitaciones de fondo porque, como se acaba de decir, en esta investigación seguiré esta idea. Debo advertir, por otro lado, que afirmar que los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución son límites a la competencia de los órganos creadores y aplicadores de Derecho, significa que estamos en presencia de una “Constitución limitada”. Hamilton, por ejemplo, hablando de la independencia de los tribunales, afirma que: “[p]or Constitución limitada [entiende] la que contiene ciertas prohibiciones expresas aplicables a la autoridad legislativa, como, por ejemplo, la de no dictar decretos que impongan penas e incapacidades sin previo juicio, leyes *ex post facto* y otras semejantes. Las limitaciones de esta índole sólo pueden mantenerse en la práctica a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el declarar nulos todos los actos

⁴¹⁶ Ídem., pp. 89 y 90.

contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a determinados derechos o privilegios serán letra muerta”⁴¹⁷. Coincido con Hamilton (y Kelsen) en la relevancia de los tribunales para defender la Constitución. Pero como decía en este trabajo no me ocuparé del control de constitucionalidad. Aquí, en cambio, conviene avanzar sobre la tesis de los valores, principios y derechos fundamentales como límites a la competencia.

Decir, por otra parte, que los valores, principios y derechos fundamentales funcionan como límites a la competencia no significa, sin embargo, que sólo lo sean de manera negativa como afirma Kelsen, sino también de forma positiva como señala Hart. Barranco, en este sentido, defiende que “los derechos constituyen un marco de competencias en las que los poderes constituidos pueden decidir. Así, pueden atribuir competencia negativa (cuando impiden que determinados órganos decidan sobre determinadas materias -como ocurre, por ejemplo, con el legislador respecto del contenido esencial o respecto de los restantes poderes públicos en supuestos de reserva de ley-) o competencia positiva cuando imponen la necesidad de adoptar determinadas decisiones (por ejemplo, cuando se trata de mandatos al legislador o de los principios rectores de la política social y económica)”⁴¹⁸. Los contenidos materiales son límites negativos y positivos a la competencia de los órganos creadores y aplicadores de Derecho. Que, por otro lado, como señalé son Derecho por un hecho social, y funcionan como criterios de validez. Pero, como dice Barranco, son “criterios dinámicos”⁴¹⁹. Aunque como ya se apuntó algunos planteamientos los consideran estáticos y al sistema jurídico mixto o, mejor dicho, “en última instancia mixto”. Pienso, por ejemplo, en la teoría de Cuenca.

Pero, en mi opinión, si los valores, principios y derechos fundamentales funcionan como límites a la competencia, creo que puede mantenerse la idea de que el Derecho es un sistema dinámico. En efecto, según Barranco: “[e]n tanto los derechos fundamentales sirvan para determinar la competencia de los órganos encargados de crear y aplicar el [D]erecho, el sistema jurídico puede seguir describiéndose como sistema dinámico”⁴²⁰. De hecho, una de las ideas que quiero defender en este capítulo es que el Derecho es un

⁴¹⁷ A. HAMILTON, “El Federalista, LXXVIII”, en *Id et al, El Federalista, cit.*, p. 331.

⁴¹⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales, cit.*, pp. 244 y 245.

⁴¹⁹ Ídem., p. 249.

⁴²⁰ Ídem., p. 243.

sistema dinámico. En el que, siguiendo a Barranco, es posible afirmar que: “[l]as normas jurídicas son válidas, en última instancia, porque las crea el órgano competente a través del procedimiento adecuado”⁴²¹. De lo que se trata, entonces, al hilo de la tesis de los valores, principios y derechos fundamentales como límites a la competencia que se defiende en este trabajo, es de incorporar entre los criterios de validez el de la competencia⁴²². Creo que una norma jurídica puede ser declarada no válida por un Tribunal constitucional o un juez, a través del control de constitucionalidad concentrado o difuso, por su no conformidad con los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución. Pero en mi opinión esta declaración de invalidez no obedece, como lo piensa el neoconstitucionalismo, a que la norma vulneró el contenido evidente o moralmente objetivo de algún valor, principio o derecho. La norma no es válida, porque el órgano que la creó no respetó un límite establecido a su competencia a través de algún valor, principio o derecho. Límite que es Derecho por un hecho social, esto es, por su promulgación. Creo, por otro lado, que puede mantenerse la idea de que el Derecho es un sistema dinámico, pues a mi entender Kelsen tiene razón cuando advierte que es claro que el Derecho regula su propia creación. Como decía, entonces, en este trabajo se defiende la tesis de la dinamicidad del Derecho, frente al carácter mixto que sostiene el neoconstitucionalismo.

Soy consciente, sin embargo, de que, como ya se apuntaba, la tesis del Derecho como sistema normativo mixto ha tenido diferentes lecturas, que por ejemplo vienen a decir que los contenidos materiales o estáticos, sean los que sean, no implican otra cosa más que la adecuación de una norma inferior a una norma superior. A pesar de las distintas lecturas del sistema normativo como mixto se opta aquí por sistema dinámico. Porque coincido con Barranco cuando comentando una tesis de Prieto, dice que: “[s]ólo se puede admitir que el [o]rdenamiento es “mixto” sin con “estático” hacemos referencia a aquel conjunto sistémico en el que la pertenencia la determina la adecuación o no contradicción entre el contenido de la norma y el de la norma superior; según L. Prieto el concepto de validez en los sistemas contemporáneos contiene criterios dinámicos (órgano competente, procedimiento adecuado y no derogación explícita) y estáticos en este sentido (no derogación implícita y no vulneración de preceptos sustantivos superiores); en [opinión

⁴²¹ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red: Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 597-616, en especial p. 615.

⁴²² M.J. FARÍÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, cit., pp. 135-137.

de Barranco] un sistema de este tipo es un sistema dinámico”⁴²³. De este modo, creo que existen buenas razones para que una de las conclusiones de este capítulo sea que el argumento del neoconstitucionalismo según el cual el Derecho es un sistema normativo mixto no es plausible. Pero quizás lo primero que convenga advertir es que en mi opinión algunos de los presupuestos a partir de los cuales el neoconstitucionalismo formula este argumento son discutibles. Digo esto porque como se vio es posible defender la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen. Pero si esto es así, no es verdad como afirma el neoconstitucionalismo que conforme al planteamiento de Kelsen el Derecho puede tener cualquier contenido. Primero, porque como quedó claro, según Kelsen, los valores, ideales, principios y derechos fundamentales pueden determinar de manera negativa el contenido de las leyes. Y segundo, porque a mi entender cuando Kelsen expresa que “cualquier contenido que sea, puede ser Derecho”, lo que quiere decir es que no hay comportamiento humano que esté excluido de ser contenido de una norma jurídica⁴²⁴. En fin, digo que a mi forma de ver las cosas el argumento objeto de este capítulo no es plausible. Porque por una parte creo que no es admisible pensar en los contenidos materiales o estáticos como moral objetiva o bien, como contenidos que son Derecho por su verdad o corrección moral. Y por otra, porque si admitiéramos que un criterio estático no es más que la adecuación de la norma inferior a la superior, el sistema puede seguir siendo considerado como dinámico. De hecho, otra de las conclusiones de este capítulo es que el Derecho es un sistema dinámico. En el que en mi opinión como ya se dijo la validez de las normas depende de que sean creadas por el órgano competente y conforme al procedimiento adecuado. En definitiva, la validez del Derecho del Estado constitucional puede ser explicada desde las coordenadas de las tesis de los valores, principios y derechos fundamentales como límites a la competencia y de la dinamicidad del sistema jurídico. Ideas que se proponen desde los planteamientos de Kelsen y Hart. Lo interesante, ahora, es mostrar si como se defiende en esta investigación el positivismo jurídico hartiano, frente al positivismo jurídico kelseniano es una mejor explicación de la validez en este tipo de sistema jurídico.

⁴²³ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, cit., p. 243.

⁴²⁴ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 133; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., p. 205.

3.3. Las variedades de positivismo jurídico de Kelsen y Hart y el problema de la validez jurídica

Pienso que una respuesta adecuada al problema de la validez en el Derecho del Estado constitucional es la que toma en cuenta las tesis de los valores, principios y derechos fundamentales como límites a la competencia y de la dinamicidad del sistema jurídico. Ideas que como ya se dijo se formulan desde las teorías de Kelsen y Hart. Pero como se sabe en esta investigación estoy defendiendo el positivismo jurídico hartiano. Por eso conviene ahora mostrar si en efecto la teoría de Hart, frente a la de Kelsen, es una mejor explicación del problema de la validez en el Derecho del Estado constitucional. Aunque la acotación de lo que interesa de la teoría de Kelsen ya se ha hecho antes, creo que es necesario repetir que mi propósito en este capítulo no ha sido mostrar su obra completa ni sus posibles críticas⁴²⁵. No me he detenido, por ejemplo, en la postura de Kelsen en relación con los conceptos de Derecho⁴²⁶ o de poder⁴²⁷ ni me ocupé de sus tesis sobre la norma jurídica⁴²⁸. Presté atención, en cambio, como se vio a la respuesta de Kelsen al problema de la validez, así como a su concepto de sistema jurídico y a la distinción entre sistemas estáticos y sistemas dinámicos. Porque como se ha insistido, el neoconstitucionalismo formula el argumento objeto de este capítulo a manera de reacción frente a estos aspectos del planteamiento de Kelsen. Pues bien, como se acaba de decir, en lo que sigue intentaré justificar que la teoría de Hart, frente a la de Kelsen, es una mejor explicación de la validez en el Derecho del Estado constitucional.

⁴²⁵ N. BOBBIO, "Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho", trad. de A. Ruiz Miguel, en *Id., Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., p. 51; L. RECASÉNS SICHES, "Estudio Preliminar" (1934), a H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 90; y G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho*, cit., p. 137.

⁴²⁶ H. Kelsen, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 21; *Id.*, "Prefacio a la edición española", a *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., p. 9; *Id.*, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., pp. 10 y 11; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 22; *Id.*, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 40; y U. SCHMILL, "Presentación" (2003), a H. Kelsen, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., p. 8.

⁴²⁷ J.A. GARCÍA AMADO, "Estudio Preliminar", a H. Kelsen, *El Estado como integración...*, cit., p. XX; y H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 302.

⁴²⁸ H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., p. 39; *Id.*, *El Estado como integración...*, cit., p. 13; *Id.*, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 36; *Id.*, "Los fundamentos de la democracia" (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, cit., p. 233; *Id.*, "Teoría del Derecho", en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado*, cit., pp. 201 y 202; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 129, 390 y 407; *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., pp. 62 y 279; *Id.*, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 74; e *Id.*, *Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 17-21 y 33.

Kelsen, al igual que Hart, es un autor positivista⁴²⁹, que sigue la filosofía analítica del lenguaje ordinario⁴³⁰. Es claro también que, como ya se mostró, los planteamientos de Kelsen y Hart son comprensiones generales y descriptivas de la Teoría del Derecho. Es cierto además que Kelsen, al igual que Hart, admite las tesis de las fuentes sociales⁴³¹, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y la de la discrecionalidad judicial. Como comprensiones de la Teoría del Derecho, los planteamientos de Kelsen y Hart proponen una respuesta al problema de la validez jurídica. Como ya se dijo, hablar de validez quiere decir preguntarnos qué es validez o bien, cuál es su fundamento. En relación con la primera pregunta, es decir, qué es la validez, creo que existen buenas razones para pensar que Kelsen y Hart coinciden en que validez es obligatoriedad. Es decir, conforme a sus teorías, norma válida significa norma obligatoria. Considero que es posible defender que, conforme a las teorías de Kelsen y Hart, una norma es válida, es decir, obligatoria, si y en la medida en que cumple con los criterios de validez. O, dicho de otra forma, una norma es válida si pertenece al sistema jurídico. Kelsen y Hart defienden que una norma es válida si pertenece al sistema jurídico porque cumple con los criterios de validez.

Pues bien, aquí podría avanzar que en mi opinión esta forma de explicar la validez jurídica es necesaria, pero no suficiente. Lo que quiero decir es que a mi entender Raz tiene razón cuando dice que una norma es válida si es aplicable, aunque no pertenezca al sistema jurídico. Al seguir esta idea de Raz, justifico haber prestado atención a su planteamiento páginas atrás. En fin, considero que una forma adecuada de explicar la validez jurídica es la siguiente. Validez es obligatoriedad. Aunque conviene advertir que no me voy a detener en el problema de la obligatoriedad moral. Sólo quiero insistir en que a mi forma de ver las cosas norma válida significa norma obligatoria. Y una norma es válida si pertenece al sistema jurídico (esto es, si cumple con los criterios de validez como defienden Kelsen y Hart). Pero una norma también es válida si es aplicable (como lo sostiene Raz) aunque no pertenezca al sistema jurídico. Si esto es así, una de las

⁴²⁹ P. CUENCA GÓMEZ, *La relación entre el Derecho y el poder en la Teoría pura del Derecho* de H. Kelsen, cit., p. 276.

⁴³⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., p. 4.

⁴³¹ H. KELSEN, "El concepto de orden jurídico" (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., p. 93; *Id.*, *Introducción a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 39 y 65; *Id.*, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, cit., pp. 15 y 16; *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 10, 134 y 235; *Id.*, *Teoría General del Estado*, cit., p. 341; *Id.*, *Teoría General de las Normas*, cit., pp. 102 y 103; *Id.*, "Una teoría "realista" y la Teoría pura del Derecho" (1959), trad. de E.A. Vásquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 22 y 45; y U. SCHMILL, "Presentación" (2003), a H. KELSEN, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, cit., p. 13.

conclusiones de este capítulo es que las teorías de Kelsen y Hart son explicaciones necesarias pero insuficientes de la validez jurídica.

Como decía, por otro lado, hablar de validez quiere decir también preguntar por el fundamento. Como se vio, Kelsen responde que el último fundamento de validez es la norma fundante. Alexy tiene razón cuando dice que: “[p]ocas ideas de la [T]eoría del [D]erecho han provocado tanta polémica como la idea de la norma fundamental”⁴³². Sin embargo, no me ocuparé de las objeciones que se han formulado a esta tesis⁴³³. Porque como ya señalé, Kelsen termina por reconocer que se trata de una ficción. En mi opinión, por otro lado, a pesar de coincidir en algún sentido con la norma fundante de Kelsen, por ejemplo, como es obvio en su función⁴³⁴, una explicación más adecuada del último fundamento de validez es la regla de reconocimiento de Hart⁴³⁵. Aunque debo advertir que tengo ciertas dudas de que una Teoría del Derecho deba ofrecer una respuesta a esta segunda pregunta, es decir, a cuál es el último fundamento de la validez. Lo que quiero decir entonces es que sospecho que existen buenas razones para defender que la teoría de Hart, frente a la de Kelsen, es una mejor explicación del problema de la validez jurídica

⁴³² R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 98.

⁴³³ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Introducción”, a *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., pp. XVII-XXXVI, en especial p. XXIX; R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho...*, cit., p. 112; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 70; N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 205; E.W. BÖCKENFÖRDE, “El poder constituyente del pueblo: Un concepto límite del Derecho constitucional” (1986), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 159-180, en especial p. 162 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts” (1986), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991); *Id.*, “La democracia como principio constitucional” (1987), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, cit., pp. 47-131, en especial p. 51 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Demokratie als Verfassungsprinzip” (1987), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991); E. BULYGIN, “Validez y positivismo” (1987), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho*, cit., p. 516; P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, cit., p. 12; M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, cit., pp. 77 y 79; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., pp. 47 y 48; J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar”, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, en H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, cit., p. XLI; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 41; J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico...*, cit., p. 88; *Id.*, “La teoría de Kelsen de la norma fundamental” (1974), en *Id.*, *La autoridad del Derecho...*, cit., pp. 157-186, en especial pp. 158, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 172, 173, 176 y 177 (J. RAZ, “La teoría de Kelsen de la norma fundamental”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111); L. RECASÈNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 81 y 82; *Id.*, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., p. 351; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., pp. 269 y 270; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 141; y P. SOPER, *Una Teoría del Derecho* (1984), trad. de R. Caracciolo y S. Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 229 (P. SOPER, *A Theory of Law*, Harvard University Press, London, 1984).

⁴³⁴ R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., p. 26.

⁴³⁵ J.A. GARCÍA AMADO, “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, cit., pp. 242-245. En contra, véase N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho*, cit., p. 80.

o, por lo menos, respecto de su fundamento. Porque estimo que afirmar que este es una práctica social como lo hace Hart, a diferencia de una ficción como termina por reconocer Kelsen, es una explicación más adecuada, aunque quizás menos sistemática.

No debe perderse de vista, por otro lado, que las objeciones formuladas a la tesis de la norma fundante no son aplicables a la regla de reconocimiento. En definitiva, coincido con Prieto cuando advierte que: “[l]a posición normativista, que en Kelsen todavía aparece lastrada por el peso de algunas obsesiones metodológicas propias de la teoría pura, ha encontrado seguramente su mejor desarrollo en la obra de Hart”⁴³⁶. Sin embargo, debo insistir en que en mi opinión las teorías de Kelsen y Hart son necesarias para explicar la validez jurídica, al defender que esta es obligatoriedad y que una norma es válida si pertenece al sistema jurídico, es decir, si cumple con los criterios de validez. Pero creo que los planteamientos de Kelsen y Hart son insuficientes, porque Raz tiene razón cuando dice que validez también es aplicabilidad. Una norma es válida si es aplicable, aunque no pertenezca al sistema jurídico.

En este capítulo desarrollé uno de los argumentos del neoconstitucionalismo para defender la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional. Sin embargo, una de las conclusiones del presente capítulo es que algunos de los presupuestos a partir de los que las teorías neoconstitucionalistas formulan este argumento en mi opinión son discutibles. Digo esto porque es posible defender la relevancia de los contenidos materiales en la teoría de Kelsen. Pues como se vio Kelsen no sólo reconoce la incorporación en la Constitución de valores, ideales, principios y derechos fundamentales, sino que también les asigna una función, que no es otra más que determinar de forma negativa el contenido de las leyes. De este modo, no es del todo cierto, como dice el neoconstitucionalismo, que según la teoría de Kelsen la validez sólo depende de criterios formales. Pero además digo que los presupuestos de las teorías neoconstitucionalistas no son del todo acertados, porque si los contenidos materiales de acuerdo con el planteamiento de Kelsen determinan de algún modo el contenido de las leyes, el Derecho no puede tener cualquier contenido. No debe perderse de vista además que a mi entender cuando Kelsen afirma que el Derecho puede tener cualquier contenido, lo que quiere decir es que cualquier conducta humana puede ser regulada por una norma jurídica. Sostengo, por otro lado, que los presupuestos del neoconstitucionalismo para

⁴³⁶ L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 79.

afirmar el argumento objeto de este capítulo no son del todo ciertos, porque si es verdad que como traté de justificar en el capítulo anterior es posible hablar de contenidos materiales incorporados en la Constitución antes de la segunda mitad del siglo XX, entonces qué nos haría pensar que no funcionaban como criterios de validez. De este modo, estoy de acuerdo con Cuenca cuando advierte que, en su opinión, uno de los errores de la crítica a la teoría de Kelsen es “una cierta exageración a la hora de valorar la novedad que supone el constitucionalismo por lo que respecta a la incorporación de dimensiones materiales en el Derecho”⁴³⁷, como dicho sea de paso he intentado argumentar en este trabajo. Aquí lo que quiero decir es que el hecho de que los contenidos materiales determinen la validez de las normas jurídicas no es un rasgo del Derecho del Estado constitucional.

Otra conclusión de este capítulo es que a mi forma de ver las cosas no es plausible el argumento del neoconstitucionalismo, según el cual el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el Derecho del Estado constitucional, porque la validez de las normas jurídicas no sólo depende de criterios formales sino también de criterios materiales. Digo esto porque si de acuerdo con el planteamiento de Kelsen es posible defender que, en efecto, la validez depende de criterios formales y criterios materiales, no habría razón alguna para pensar que esta teoría es insuficiente para explicar el problema de la validez jurídica. Pues tendría la misma capacidad que las teorías neoconstitucionalistas para explicar este problema en el Derecho del Estado constitucional. Y entonces no sería necesaria una “nueva” comprensión de la Teoría del Derecho. El neoconstitucionalismo, sin embargo, insistiría en que el positivismo es insuficiente, porque algunas de sus tesis se verían seriamente comprometidas si la validez de las normas jurídicas depende de contenidos materiales que son Derecho por su verdad o corrección moral. En mi opinión, esta postura no es plausible. Porque como traté de justificar en el capítulo anterior los contenidos materiales son Derecho por un hecho social, que no es otro más que su promulgación. De este modo, las tesis positivistas sobreviven.

Estos contenidos materiales incorporados en la Constitución del Derecho del Estado constitucional funcionan como criterios de validez. Por validez entiendo obligatoriedad. Una norma válida es una norma obligatoria. Una norma es válida si

⁴³⁷ P. CUENCA GÓMEZ, *Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo*, cit., p. 2.

pertenece al sistema jurídico. Esto es, porque cumple con los criterios de validez. Hasta aquí podría decir que las teorías de Kelsen y Hart son necesarias para explicar el problema de la validez jurídica. Sin embargo, creo que son insuficientes si admitimos con Raz que validez también es aplicabilidad. Una norma es válida si es aplicable, aunque no pertenezca al sistema jurídico. De este modo, otra de las conclusiones del presente capítulo es que las teorías de Kelsen y Hart son necesarias, pero insuficientes para explicar el problema de la validez en el Derecho del Estado constitucional. En este contexto, otra conclusión es que en mi opinión una explicación adecuada de la validez jurídica debe tomar en cuenta como decía que validez es obligatoriedad, y que una norma es válida, esto es, obligatoria, si pertenece al sistema jurídico o bien, si es aplicable en él. Pero además esta explicación debería admitir que el Derecho es un sistema dinámico. De ahí otra de las razones por las cuales creo que el argumento del neoconstitucionalismo objeto de este capítulo no es plausible. Defiendo la idea de que el Derecho es un sistema dinámico, porque a mi forma de ver las cosas los valores, principios y derechos fundamentales son Derecho por un hecho social, y determinan la validez de las normas jurídicas a la manera de límites a la competencia de los órganos creadores y aplicadores del Derecho. En este contexto, hablar de criterios de validez significa admitir que una norma es válida si pertenece al sistema jurídico, porque fue creada por el órgano competente a través del procedimiento adecuado. Sin perder de vista que una norma también puede ser válida si es aplicable en el sistema jurídico, aunque no pertenezca a él. Idea que como decía me lleva a concluir que el positivismo jurídico hartiano es una explicación necesaria pero insuficiente de la validez jurídica. Hart, por otro lado, no tendría problema alguno para admitir que valores, principios y derechos fundamentales determinan la validez de las normas jurídicas. Esta como ya se dijo no es otra cosa más que la tesis de las limitaciones de fondo. Hart también admitiría que un juez decide la validez de una norma jurídica por su conformidad con valores, principios y derechos fundamentales. Lo interesante, sin embargo, es ¿cómo decide? Me refiero al problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional. Que, conviene tener presente, guarda cierta relación con la tesis del Derecho como sistema normativo mixto hasta aquí desarrollada. Pues, como nos recuerda R. de Asís en *El juez y la motivación en el Derecho*⁴³⁸, la consideración del carácter mixto del sistema jurídico aparece en el ámbito de la interpretación de la Constitución.

⁴³⁸ R. de ASÍS ROIG, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.

CAPÍTULO VI

El problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional

Las teorías neoconstitucionalistas, además de considerar insuficiente el positivismo jurídico para explicar la validez en el Derecho del Estado constitucional, vienen a decir que este planteamiento no es adecuado para dar cuenta de la interpretación en este tipo de sistema jurídico. Entre las razones relacionadas con la interpretación por las que el constitucionalismo rechaza el positivismo jurídico se encuentra la idea de que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales requiere de nuevas técnicas de interpretación o, por lo menos, diferentes a las de la ley, como por ejemplo la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica. Esta idea se afirma a partir del presupuesto de que el positivismo jurídico, según el neoconstitucionalismo, sostiene el “método jurídico tradicional” o, por el contrario, la tesis de la discrecionalidad judicial. Antes de desarrollar esta polémica se trazará un mapa sobre las discusiones intelectuales a propósito de qué se entiende por interpretación, y qué hacen los jueces cuando interpretan. Conviene advertir, sin embargo, que algunas de las cuestiones que están implicadas en estos debates han surgido con anterioridad en el trabajo.

1. El problema de la interpretación jurídica

Comenzaré por prestar atención al concepto de lenguaje. Quedarán fuera del objeto algunas discusiones sobre la idea de conocimiento¹, así como otras cuestiones

¹ C.I. MASSINI CORREAS, “Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, en *Id.*, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 109-137, en especial p. 109 (C.I. MASSINI CORREAS, “Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, *Boletín de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo*, núm. 22, s.a.); K.R. POPPER, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994 (K.R. POPPER, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, publicado en inglés por Routledge and Kegan Paul, Londres, 1972 (4ª edición)); B. RUSSELL, *El conocimiento humano* (1948), trad. de N. Míguez, Folio, Barcelona, 2002, pp. 134, 169, 199, 427 y 432 (B. RUSSELL, *Human Knowledge. Its Scope and Limits*, 1948); e *Id.*, “Introducción”, a *Id.*, *El conocimiento humano*, *cit.*, pp. 9-14, en especial p. 10.

como la relación entre Derecho y verdad², porque creo que ocuparme de ellas me apartaría del problema de la interpretación. Además, se ha sostenido que a esta relación entre Derecho y verdad no le interesa demasiado el problema de la interpretación³. En fin, como se acaba de decir, en lo que sigue me detendré en el lenguaje, porque quizás tiene razón Rùthers cuando señala que el “[D]erecho, la ley y el [D]erecho judicial existen sólo en forma de lenguaje”⁴. Lo cierto es que como veremos la interpretación jurídica tiene por objeto textos en los que se emplea el lenguaje. Pues bien, el lenguaje es un sistema de símbolos⁵. Se trata de un sistema que está regulado por reglas⁶.

² P. COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico: Elementos para un modelo*, trad. de P. Larrañaga, Fontamara, México, 1999, p. 110; L. GIANFORMAGGIO, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 87-108, en especial p. 93; K.R. POPPER, “¿Por qué son aplicables a la realidad los cálculos de la Lógica y la Aritmética?” (1946), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones...*, cit., pp. 248-263, en especial p. 256 (K.R. POPPER, “¿Por qué son aplicables a la realidad los cálculos de la Lógica y la Aritmética?”, esta fue la tercera ponencia de un simposio realizado en la Sesión Conjunta de la *Mind Association* y la *Aristotelian Society*, en Manchester, en 1946. Fue publicado en los *Proceedings of the Aristotelian Society*, volumen suplementario, 20); *Id.*, “Sobre las fuentes del conocimiento y de la ignorancia” (1960), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones...*, cit., pp. 23-54, en especial p. 29 (K.R. POPPER, “Sobre las fuentes del conocimiento y de la ignorancia”, Conferencia Filosófica Anual leída ante la Academia Británica el 20 de enero de 1960. Publicada por primera vez en los *Proceedings of the British Academy*, 46, 1960, y separadamente por *Oxford University Press*, 1961); A. ROSS, *Lógica de las normas* (1968), trad. de J.S.P. Hierro, Comares, Granada, 2000, p. 79 (A. ROSS, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1968); B. RUSSELL, *El conocimiento humano*, cit., pp. 123, 124, 125, 155, 159, 160 y 161; y J.R. SEARLE, *Actos de habla: Ensayo de filosofía del lenguaje* (1969), trad. de L.M. Valdés Villanueva, Cátedra, 5ª ed., Madrid, 2001, p. 186 (J.R. SEARLE, *Speech acts: An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969).

³ VV.AA., *Derecho y Verdad: Volumen II. Genealogía(s)*, ed. de G. Sucar y J. Cerdio Herrán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

⁴ B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho: Concepto, validez y aplicación del Derecho* (1999), trad. de M.E. Salas, Ubijus, México, 2009, p. 397.

⁵ M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 131; G. JELLINEK, *Teoría General del Estado* (1911), trad. de F. de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., México, 2004, p. 189 (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., 1911); J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 150; A.E. PÉREZ LUÑO et al., *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica* (1997), Tecnos, 11ª ed., Madrid, 2012, p. 31; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 249; y A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia* (1953), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, 3ª ed., Buenos Aires, 2005, p. 148 (A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens, Londres, 1958. La edición danesa de este libro fue publicada en 1953, la traducción al inglés es de M. Dutton).

⁶ R. CARNAP, “Filosofía y sintaxis lógica” (1935), trad. de C. Solís, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), edición de J. Muguerza, trad. de A. Deaño et al., Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 294-337, en especial p. 308 (R. CARNAP, “Philosophy and Logical Syntax”, *Philosophy and Logical Syntax*, Routledge and Kegan Paul, Ltd., Londres, 1935); y J. WRÓBLEWSKI, “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica” (1963), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverriá, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 105-129, en especial pp. 108 y 109 (J. WRÓBLEWSKI, “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica”, publicado primeramente en *Logique et analyse*, núms. 21-24, 1963, pp. 397-416; después en *La théorie de l'argumentation. Perspectives et applications*, Lovaina-Paris, 1964, pp. 397-416; traducción al italiano con el título “Una base semántica per la Teoria dell’interpretazione giuridica” en U. Scarpelli (ed.) *Diritto e analisi del linguaggio*, Milán, 1976, pp. 347-373; recogido en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Aarnio, Helsinki, 1979, pp. 27-58; Helsinki, 1983, pp. 23-48).

Searle, por ejemplo, dice que hablar un lenguaje es una forma de conducta gobernada por reglas. Así, continúa Searle, aprender un lenguaje es aprender esas reglas. De este modo, en sus palabras, el “conocimiento de cómo hablar un lenguaje incluye el dominio de un sistema de reglas que hace que [el] uso de los elementos de ese lenguaje sea regular y sistemático”⁷. Hablar un lenguaje, de acuerdo con Searle, es realizar “actos de habla”. Es decir, enunciar, ordenar, preguntar o hacer una promesa. La tesis de Searle es “que hablar un lenguaje es participar en una forma de conducta gobernada por reglas. Dicho más brevemente: hablar consiste en realizar actos conforme a reglas”⁸.

Searle, por otro lado, distingue entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Las primeras, es decir, las reglas regulativas, como su nombre lo indica, regulan formas de conducta ya existentes. Por ejemplo, las reglas de etiqueta. Las segundas, esto es, las reglas constitutivas, en cambio, crean o definen formas de conducta. Así, las reglas de los juegos. En este contexto, Searle precisa su tesis al decir “que hablar un lenguaje es realizar actos de acuerdo con reglas. La forma que tomará esta hipótesis es que la estructura semántica de un lenguaje es una realización convencional de conjuntos de reglas constitutivas subyacentes, y que los actos de habla son actos realizados característicamente de acuerdo con esos conjuntos de reglas constitutivas”⁹. Para Searle, en fin, el lenguaje es convencional.

Al lenguaje así entendido lo llamaré natural (en el sentido de no técnico), lenguaje común o bien, como dice Wróblewski, “lenguaje natural étnico”¹⁰. Se trata, como se acaba de decir, de un producto humano. En efecto, el lenguaje, según Popper, “es una cuestión social”¹¹. O, como señala Russell, el lenguaje “es esencialmente social, tanto en su origen como en sus funciones principales”¹². No me detendré, sin embargo, en las funciones¹³ o

⁷ J.R. SEARLE, *Actos de habla...*, cit., p. 23.

⁸ Ídem., p. 31.

⁹ Ídem., p. 46.

¹⁰ J. WRÓBLEWSKI, “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la Axiología Jurídica” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 19-44, en especial p. 20 (J. WRÓBLEWSKI, “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la Axiología Jurídica”, *Revista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 4, 1981, pp. 604-626).

¹¹ K.R. POPPER, “El lenguaje y el problema del cuerpo y la mente: Una reformulación del interaccionismo” (1953), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones...*, cit., pp. 355-361, en especial p. 359 (K.R. POPPER, “El lenguaje y el problema del cuerpo y la mente: Una reformulación del interaccionismo”, publicado por primera vez en los *Proceedings of the 11th. International Congress of Philosophy*, 7, 1953).

¹² B. RUSSELL, *El conocimiento humano*, cit., p. 17.

¹³ K.R. POPPER, “Apéndice: Algunos problemas de la Filosofía de la Ciencia” (1934-1953), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones...*, cit., pp. 87-93, en especial p. 91; *Id.*, “Hacia una teoría racional de la tradición” (1948), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones...*, cit., pp. 156-173, en especial p. 172 (K.R. POPPER, “Hacia una teoría racional de la tradición”, transcripción de una conferencia pronunciada en la Tercera

en los tipos¹⁴ de lenguaje. Sobre lo que quiero llamar la atención es que el Derecho se expresa a través del lenguaje. Es cierto que quizás no hay autor alguno que cuestione esta idea. Lo que sí se cuestiona, y esto es relevante para el trabajo, es que los desacuerdos jurídicos puedan reducirse a una cuestión semántica. Recuérdesse, por ejemplo, a Dworkin y su crítica al positivismo jurídico hartiano como teoría semántica, que dicho sea de paso se mostró en el capítulo primero. Aquí me interesó dedicar cierto esfuerzo a señalar la idea de que el Derecho se expresa a través del lenguaje, porque servirá como punto de partida para explicar más adelante la tesis de la indeterminación parcial del Derecho, que siguiendo a Hart defenderé en este capítulo.

Como se sabe, por otra parte, es posible hablar de un lenguaje jurídico¹⁵ (y de un lenguaje de los juristas¹⁶) como un caso especial o bien, como una especie¹⁷ o parte¹⁸ del

Reunión Anual de la *Rationalist Press Association* el 26 de julio de 1948, en el Magdalen College, Oxford. Publicada por vez primera en *The Rationalist Annual*, 1949); B. RUSSELL, *El conocimiento humano*, cit., pp. 69-73 y 106; y J.R. SEARLE, *Actos de habla...*, cit., p. 122.

¹⁴ A. ROSS, "Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas" (1967), trad. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 109-133, en especial p. 121 (A. ROSS, "Rise and Fall of the doctrine of Performatives", 1967).

¹⁵ J. WRÓBLEWSKI, "El razonamiento en la interpretación jurídica" (1969), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 173-201, en especial p. 176 (J. WRÓBLEWSKI, "El razonamiento en la interpretación jurídica", *Logique et analyse*, núm. 45, 1969; en Ch. Perelman (ed.) *Estudes de logique juridique*, Bruselas, 1969, pp. 3-31; reproducido en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Aarnio, Helsinki, 1979, pp. 74-112; Helsinki, 1983, pp. 71-103); e *Id.*, "Lenguaje jurídico e interpretación jurídica" (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 131-147, en especial p. 131 (J. WRÓBLEWSKI, "Lenguaje jurídico e interpretación jurídica", *Law and Philosophy*, núm. 4, 1985, pp. 239-255).

¹⁶ A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 177, explican que: "[s]i el [D]erecho es, en sí mismo, un lenguaje, entonces el lenguaje que usa quien habla o escribe sobre el [D]erecho es un lenguaje sobre un lenguaje-objeto, es un metalenguaje [...] El primer tipo de lenguaje es el *lenguaje legal*, el lenguaje del texto jurídico con el que el legislador da a conocer las normas jurídicas. Al segundo tipo de lenguaje (que es un metalenguaje, en concreto un *lenguaje* que versa *sobre* el *lenguaje legal*) se le conoce como *lenguaje de los juristas*, y es el que se utiliza al comentar, analizar o interpretar las normas jurídicas [...] La Ciencia del [D]erecho analiza el [D]erecho como lenguaje, y, respecto al <lenguaje que "es" el [D]erecho>, surge un metalenguaje científico que debe definir las reglas de uso de los términos jurídicos".

¹⁷ J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (1985), trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 2001, p. 41; e *Id.*, "Justificación de las decisiones jurídicas" (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 45-65, en especial p. 51 (J. WRÓBLEWSKY, "Justificación de las decisiones jurídicas", publicado inicialmente en la *Revue internationale de philosophie*, 1979, 127-128 y recogido después en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Aarnio, Helsinki, 1983, pp. 49-70).

¹⁸ J. ESQUIVEL PÉREZ, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, p. 179; y K. OLIVECRONA, "Introducción", a *Id.*, *Lenguaje jurídico y realidad* (1939), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991, pp. 7-9, en especial p. 7 (K. OLIVECRONA, "Capítulo IX: El lenguaje jurídico y la realidad", en *Id.*, *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 229-254) (K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Stevens and Sons, Londres, 1939) (El texto que se cita se publicó además como K. OLIVECRONA, "Legal Language and Reality" (1939), incluido en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Bobbs Merrill Company, Inc., Indianápolis, 1962).

lenguaje natural. El lenguaje jurídico, por otro lado, es un lenguaje técnico¹⁹. Pues bien, hasta aquí algunos aspectos del lenguaje. Otra cuestión es que no toda interpretación es interpretación jurídica²⁰. Esta como decía tiene por objeto el lenguaje en el que se expresa el Derecho. En lo que sigue mostraré qué es la interpretación jurídica²¹, ocupándome de algunos de los debates sostenidos en torno a este concepto.

1.1. Concepto restringido y concepto amplio de interpretación jurídica

La concepción analítica del Derecho es objetada por las teorías neoconstitucionalistas. Esta, desde luego, no es la única línea de crítica. Otra, por ejemplo, es la hermenéutica. Aunque el término tiene algunos antecedentes²², a partir de los años

¹⁹ N. BOBBIO, “La naturaleza de las cosas” (1958), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 141-152, en especial p. 142; y C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, p. 85.

²⁰ En relación con la interpretación en general, véanse L. GIANFORMAGGIO, *Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio*, cit., p. 87; B. RUSSELL, *El conocimiento humano*, cit., p. 246; U. SCHMILL y J.R. COSSÍO, “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 57-87, en especial p. 63 (U. SCHMILL y J.R. COSSÍO, “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 207-208, México, Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-agosto 1996, pp. 69-98); M. SEGURA ORTEGA, *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 13; R. TAMAYO Y SALMORÁN, “Interpretación constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa”, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 89-133, en especial p. 92; y J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 21-23.

²¹ Sobre la cuestión de qué hace jurídica a una interpretación, véanse V. FROSINI, *Teoría de la interpretación jurídica* (1989), trad. de J. Restrepo, Temis, Bogotá, 1991, p. 9 (V. FROSINI, *Lezioni di teoria dell'interpretazione giuridica*, Bulzoni Editora, Roma, 1989); y P. ZAMBRANO, “El Derecho como práctica y como discurso: La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 3-29, en especial p. 9. En relación con la importancia de la interpretación jurídica, véanse A.E. PÉREZ LUÑO, “Prólogo a la primera edición” (1983), a *Id.*, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991, pp. 13-18, en especial p. 15; y M.E. SALAS, “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho”, *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 111-142, en especial p. 122.

²² M. ARRÁEZ *et al.*, “La Hermenéutica: una actividad interpretativa”, *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, núm. 2, 2006, pp. 171-181, en especial p. 173; N. BELLOSO MARTÍN, “Lenguaje, hermenéutica y Derecho”, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 91-138, en especial p. 114; C. GONZÁLEZ OCHOA, “Gadamer y la hermenéutica filosófica”, *Acta Poética*, núm. 14-15, 1993-1994, pp. 309-334, en especial p. 311; M. RUEDAS MARRERO *et al.*, “Hermenéutica: la roca que rompe el espejo”, *Investigación y Postgrado*, núm. 2, 2009, pp. 181-201, en especial p. 183; y G. ZACCARIA, “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica”, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 227-264, en especial p. 227.

sesenta del siglo XX y, en concreto, de la obra *Wahreit und Methode* de H.G. Gadamer, a quien suele citarse como precursor²³, se desarrolló una Filosofía²⁴ a la que se conoce como “hermenéutica”. En el ámbito jurídico, como decía la hermenéutica es una reacción frente a la concepción analítica del Derecho²⁵, así como del método jurídico tradicional²⁶. Defiende una dimensión pragmática que se refiere a las modalidades del uso del lenguaje, frente a la dimensión semántica-referencial de la concepción analítica²⁷, aunque dejar de lado esta dimensión referencial es una de las críticas que ha recibido la hermenéutica²⁸.

La hermenéutica jurídica presenta el Derecho como una práctica social²⁹, en contra de la idea del Derecho como algo dado que, según la hermenéutica, afirma la concepción analítica. Hablando de interpretación jurídica, la hermenéutica objeta a la analítica que tenga como punto de partida objetos predeterminados, previos a la interpretación, buscando la norma jurídica implícita en el enunciado de Derecho³⁰. La hermenéutica, sin perder el enfoque lingüístico³¹, afirma que la interpretación jurídica no se reduce al texto. El intérprete, en cambio, debe establecer un diálogo con el texto³², guiado entre otros elementos por la tradición³³, y la situación espacio temporal del propio intérprete³⁴, a fin de aplicar³⁵ el Derecho al caso concreto, aunque la hermenéutica no

²³ N. BELLOSO MARTÍN, *Lenguaje, hermenéutica y Derecho*, cit., p. 119; C. GONZÁLEZ OCHOA, *Gadamer y la hermenéutica filosófica*, cit., p. 317; E. HEYMANN, “De la hermenéutica como teoría de la interpretación a una concepción hermenéutica de la Filosofía” (1987), *Cuadernos Venezolanos de Filosofía UCAB*, núm. 1, 1989, pp. 46-54, en especial p. 46; F. VOLPI, “Hermenéutica y filosofía práctica”, trad. de T. Oñate, *Éndoxa*, núm. 20, 2005, pp. 265-294, en especial p. 266; y G. ZACCARIA, *Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica*, cit., p. 227.

²⁴ M. ARRÁEZ et al, *La Hermenéutica...*, cit., p. 176; C. GONZÁLEZ OCHOA, *Gadamer y la hermenéutica filosófica*, cit., p. 312; y A. KAUFMANN, “Concepción hermenéutica del método jurídico”, trad. de J. Zafra Valverde, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 11-38, en especial p. 13.

²⁵ N. BELLOSO MARTÍN, *Lenguaje, hermenéutica y Derecho*, cit., p. 129; C.I. MASSINI CORREAS, “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 107, 2007, pp. 311-347, en especial, pp. 321 y 324; M. RUEDAS MARRERO et al, *Hermenéutica...*, cit., p. 190; y F. VOLPI, *Hermenéutica y filosofía práctica*, cit., p. 265.

²⁶ N. BELLOSO MARTÍN, *Lenguaje, hermenéutica y Derecho*, cit., pp. 121 y 122.

²⁷ C.I. MASSINI CORREAS, *Entre la analítica y la hermenéutica...*, cit., pp. 326 y 327.

²⁸ Ídem., pp. 329 y 332.

²⁹ C.I. MASSINI CORREAS, *Entre la analítica y la hermenéutica...*, cit., p. 326; y G. ZACCARIA, *Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica*, cit., p. 234.

³⁰ C.I. MASSINI CORREAS, *Entre la analítica y la hermenéutica...*, cit., p. 327.

³¹ M. RUEDAS MARRERO et al, *Hermenéutica...*, cit., p. 193.

³² N. BELLOSO MARTÍN, *Lenguaje, hermenéutica y Derecho*, cit., p. 128.

³³ N. BELLOSO MARTÍN, *Lenguaje, hermenéutica y Derecho*, cit., p. 115; y G. ZACCARIA, *Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica*, cit., p. 231.

³⁴ L.O. CASTAÑO ZULUAGA, “La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional: Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica”, *Opinión Jurídica*, núm. 15, 2009, pp. 77-96, en especial p. 84; y C. GONZÁLEZ OCHOA, *Gadamer y la hermenéutica filosófica*, cit., p. 317.

³⁵ F. VOLPI, *Hermenéutica y filosofía práctica*, cit., p. 279.

proporciona regla o método alguno para decidir, es decir, la objeción es que no ofrece soluciones³⁶.

La hermenéutica como venía diciendo plantea alternativas a la concepción analítica del Derecho y, por tanto, a la idea de lo que significa interpretar. Lo que se quiere decir es que, si adoptamos una posición que se sitúa en el modelo analítico, debe quedar claro que frente a esta corriente hay toda una línea de crítica (que afecta a Hart). En este capítulo, sin embargo, como se apuntó mi propósito es desarrollar las objeciones del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico en relación con el problema de la interpretación jurídica. Para ello estimo justificado plantear el debate desde la concepción analítica del Derecho³⁷, para posteriormente mostrar la crítica neoconstitucionalista, e intentar más tarde defender que el positivismo jurídico hartiano es la mejor explicación del problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional. Pues bien, en el caso del Derecho escrito, existe cierto consenso³⁸ sobre la idea de que la interpretación

³⁶ J.A. GARCÍA AMADO, “Filosofía hermenéutica y Derecho”, *Azafea. Revista Filosófica*, núm. 5, 2003, pp. 191-211, en especial pp. 192 y 202.

³⁷ C.I. MASSINI CORREAS, *Entre la analítica y la hermenéutica...*, cit., pp. 320 y 321.

³⁸ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Definiciones y normas” (1983), en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 439-463, en especial p. 443 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Definiciones y normas”, *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bulygin, E.; Farrell, M.; Nino, C. y Rabasi, E. (comp.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983); R. de ÁNGEL YAGÜEZ, *Una Teoría del Derecho: (Introducción al estudio del Derecho)* (1974), Civitas, 6ª ed., Madrid, 1993, p. 189; M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 130 y 134; F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” (1994), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 157-186, en especial p. 158 (F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 1, ITAM-Fontamara, octubre 1994, pp. 69-98); R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, Fontamara, México, 2008, p. 61; M. IGLESIAS VILA, “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104, en especial p. 80; R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, Fontamara-Universidad de Sonora, México, 2011, p. 163; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* (1960), Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1979, p. 543; A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho* (1992), trad. de M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 27 (A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, 1992); J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 152; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 52; *Id.*, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45, en especial p. 5 (L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional”, ponencia presentada al Congreso Internacional sobre teoría y técnica legislativa, organizado bajo la dirección del Dr. Ernesto Vidal en la Universidad de Valencia del 27 al 30 de octubre de 1997); *Id.*, *Ideología e interpretación jurídica* (1987), Tecnos, 1ª reimp., Madrid, 1993, p. 92; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 397; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 207; J. WRÓBLEWSKI, “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la Axiología Jurídica” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 30; *Id.*, “Introducción”, a *Id.*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 17-19, en especial p. 17; e *Id.*, “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología” (1972), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 149-171, en especial p. 150 (J. WRÓBLEWSKI, “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología”, *Archives de philosophie du droit*, núm. XVII, 1972, pp. 51-69; versión italiana con el título “Teoria e ideologia dell’ interpretazione giuridica”, en R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bolonia, 1980, pp. 247-259). Sobre la idea

jurídica es la atribución de significado a textos jurídicos. Al hablar de interpretación jurídica, por otro lado, es posible distinguir entre esta actividad, es decir, la atribución de significado, y el resultado de tal actividad, esto es, el significado del texto interpretado³⁹. A este resultado se le conoce como decisión interpretativa⁴⁰.

El juez no es el único que interpreta⁴¹, pues también lo pueden hacer los funcionarios administrativos⁴² e, incluso, se ha dicho que toda persona puede interpretar jurídicamente⁴³. Así, se hace referencia a los distintos tipos de interpretación. Me refiero, por ejemplo, a la interpretación auténtica⁴⁴, la interpretación operativa⁴⁵, y la

de que la interpretación jurídica no se limita a la atribución de significado a textos jurídicos, véanse N. BOBBIO, "Derecho y ciencias sociales" (1971), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 219-231, en especial pp. 223 y 224; y L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1959), Porrúa, 12ª ed., México, 1997, p. 3.

³⁹ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 35; C.I. MASSINI CORREAS, "La Teoría del Derecho natural y la interpretación jurídica", en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos...*, cit., pp. 67-88, en especial p. 71; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 147 y 148; y A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 254.

⁴⁰ J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 29; *Id.*, "Ideología de la aplicación judicial del Derecho" (1974), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 67-84, en especial p. 70 (J. WRÓBLEWSKI, "Ideología de la aplicación judicial del Derecho", *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 25, 1974, pp. 45-58); e *Id.*, "Justificación de las decisiones jurídicas" (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 57.

⁴¹ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., p. 161.

⁴² V. FROSINI, *Teoría de la interpretación jurídica*, cit., p. 64.

⁴³ N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, Comares, Granada, 2004, p. 112; y R. TAMAYO Y SALMORÁN, "Interpretación constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa", en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 97. En contra, véase M. GONZÁLEZ OROPEZA, "La interpretación jurídica en México" (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 237-254, en especial p. 237 (M. GONZÁLEZ OROPEZA, "La interpretación jurídica en México", en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, México, ITAM-Fontamara, octubre 1996, pp. 65-76).

⁴⁴ J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 27.

⁴⁵ L. PRIETO SANCHÍS, "Introducción", a *Id.*, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 12-18, en especial p. 12, dice que la interpretación operativa "es aquella que tiene por objeto actuar el contenido prescriptivo de las normas ante un determinado hecho o conflicto, imponiendo decisiones que configuran la situación jurídica o los derechos de las personas". En este sentido, J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 28, defiende que: "[e]n la interpretación operativa, el órgano que aplica el [D]erecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto. El ejemplo típico es el de la interpretación de las leyes por los jueces o el de la aplicación administrativa del [D]erecho". Pero en todo caso, continúa Wróblewski, la: "[i]nterpretación operativa es la interpretación que se realiza en la aplicación del [D]erecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión" (p. 35). Al respecto, véanse J. WRÓBLEWSKI, "El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica" (1984), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 203-229, en especial p. 213 (J. WRÓBLEWSKI, "El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica", *Archivum Iuridicum Cracoviense*, núm. XVII, 1984, pp. 5-27); *Id.*, "El razonamiento en la interpretación jurídica" (1969), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 175; *Id.*, "Justificación de las decisiones jurídicas" (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 56; e *Id.*, "Lenguaje jurídico e interpretación jurídica" (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 136. Por su parte, J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 176, limitan la interpretación operativa a la interpretación judicial, al decir que se trata de "la que efectúan los órganos jurisdiccionales (jueces y tribunales) antes de poder aplicar el Derecho".

interpretación doctrinal⁴⁶, también llamada técnica⁴⁷ o dogmática⁴⁸. Sin embargo, estoy de acuerdo con R. de Asís cuando advierte que “hay que ser conscientes de que la determinación del significado de un enunciado normativo puede corresponder a cualquier operador jurídico, pero para que posea una incidencia directa en el Derecho esta interpretación deberá hacerse por aquellos centros que poseen competencia normativa”⁴⁹. La determinación o atribución de significado a los textos jurídicos en que se traduce la interpretación jurídica se lleva a cabo a través de los criterios de interpretación⁵⁰. Estos criterios no van a ser objeto de análisis. Me limitaré a señalar de forma aleatoria que se

⁴⁶ J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 28; e *Id.*, “El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica” (1984), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 213.

⁴⁷ R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, p. 4.

⁴⁸ R. TAMAYO Y SALMORÁN, “Interpretación constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa”, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 97.

⁴⁹ R. de ASÍS, *Jueces y normas: La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 231.

⁵⁰ R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho...*, cit., pp. 190-202; R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, cit., pp. 178, 184, 186 y 187; N. BOBBIO, “Normas primarias y normas secundarias” (1968), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 307-321, en especial p. 315; M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 140; F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id.* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 149-353, en especial pp. 311-321; N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 116-124; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, *Curso de derechos fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 580-584; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp. 263-274; L. RECASÉNS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 629-631; M. SAAVEDRA, “Interpretación jurídica y uso alternativo del Derecho” (1978), en *Id.*, *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1994, pp. 11-29, en especial p. 18 (M. SAAVEDRA, “Interpretación jurídica y uso alternativo del Derecho”, publicado en N. López Calera, M. Saavedra, P. Andrés Ibáñez: *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Ed., 1978); M.E. SALAS, *Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...*, cit., p. 119; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 213-217; C. de SILVA, “La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 137-156, en especial p. 146 (C. de SILVA, “La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, México, ITAM-Fontamara, octubre 1996, pp. 7-23); R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, cit., p. 120; J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 52; *Id.*, “El problema del sentido de la norma jurídica” (1964), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 85-104, en especial p. 101 (J. WRÓBLEWSKI, “El problema del sentido de la norma jurídica”, *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, núms. 3-4, 1964, pp. 253-266; traducción al castellano con el título “El problema del significado de la norma jurídica”, en *La Ley*, núm. 120, 1965, pp. 1-5; reproducido en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Aarnio, Helsinki 1979, pp. 1-26; Helsinki 1983, pp. 1-21); *Id.*, “Justificación de las decisiones jurídicas” (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 56; e *Id.*, “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología” (1972), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 160.

trata del sistemático⁵¹, teleológico⁵², literal o gramatical⁵³, lógico⁵⁴, histórico⁵⁵, la analogía⁵⁶, evolutivo⁵⁷, así como cronológico, jerárquico y de especialidad⁵⁸. Estos criterios presentan ciertos problemas, pues, como dice Alexy: “[l]os cánones de la interpretación han sido, desde Savigny, objeto de muchas discusiones. Hasta hoy no hay acuerdo en cuanto a su número, su formulación precisa, su jerarquía y su valor”⁵⁹.

Se discute, por otro lado, si estos criterios requieren a su vez de interpretación. A este problema se ha llamado “la interpretación de la ley interpretativa”⁶⁰. Prieto, en efecto, llama nuestra atención sobre el hecho de que “resulta al menos discutible si la utilización de estos métodos cercena o, por el contrario, amplía las posibilidades de la discrecionalidad judicial. De un lado, porque se trata de reglas que han de ser a su vez interpretadas, lo que supone una tarea de atribución de significado que suscita problemas

⁵¹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, p. 231 (R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978); M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 80; C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., pp. 66 y 141; F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” (1994), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 176; y R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, cit., p. 49.

⁵² R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 231; C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., p. 33; F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” (1994), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 183; y R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., pp. 68 y 161.

⁵³ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., pp. 65 y 87; R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 96; R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, cit., pp. 45, 57 y 58; y J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 47.

⁵⁴ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., pp. 66 y 130.

⁵⁵ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., pp. 87 y 125; F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” (1994), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 184; y R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 155.

⁵⁶ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., p. 136; F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” (1994), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 162; G.J.R. GUTIÉRREZ OCEGUEDA, “Reflexiones epistemológicas sobre la argumentación judicial por analogía”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México* (2010), coordinación de J.A. Cruz Parceró et al, Fontamara, México, 2014, pp. 191-224, en especial p. 213; y R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 146.

⁵⁷ J. HERVADA, *¿Qué es el Derecho?: La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al Derecho*, Eunsa, Pamplona, 2002, p. 128; y R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., pp. 67 y 158.

⁵⁸ N. BOBBIO, “Sobre los criterios para resolver las antinomias” (1964), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 339-353, en especial pp. 342 y 344.

⁵⁹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 225.

⁶⁰ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., p. 90.

análogos o incluso superiores a los que ofrecía la interpretación de las normas sustantivas. Pero, sobre todo, porque el empleo de una u otra directiva queda en principio al arbitrio del juez y puede conducir además a resultados distintos y aún incompatibles”⁶¹. Se trata, como dicen Schmill y Cossío, de “la posibilidad de que cada órgano establezca por sí mismo, o en razón de criterios superiores [...] el método interpretativo que habrá de utilizar”⁶². Pues, como señala Segura, el “problema que plantean los criterios interpretativos es el de la inexistencia de reglas de preferencia”⁶³. Sin embargo, coincido con Barranco cuando advierte que la cuestión “no es la posibilidad de opción por parte del intérprete, sino que estas opciones rara vez se hacen explícitas”⁶⁴.

Hasta aquí mostré qué es la interpretación jurídica. Presté atención, por otro lado, a algunas ideas relacionadas con este concepto, tales como quién interpreta y a través de qué criterios. Creo que esto era relevante para el trabajo, pues insisto en que para desarrollar el argumento objeto del presente capítulo era necesario mostrar el estado de la cuestión. Lo que quiero decir es que consideré pertinente tratar estas ideas para intentar validar más adelante que el positivismo jurídico hartiano es la mejor explicación del problema de la interpretación en el Derecho del Estado constitucional. En mi opinión, también es relevante prestar atención al hecho de que para algunos sólo se interpreta cuando hay duda, para otros interpretar es una tarea que se realiza siempre. Se trata de la discusión sobre si el sentido de las normas preexiste a la intervención del órgano de aplicación.

Moreso y Vilajosana explican, en efecto, que: “[m]uchos juristas utilizan el vocablo “interpretación” para hacer referencia a la atribución de significado a un texto o formulación normativa sólo cuando existen dudas o controversias en torno al mismo [...] Éste sería un concepto restringido de interpretación jurídica, que proviene de la máxima latina: *in claris non fit interpretatio*. Si se asume este concepto, entonces no se puede hablar de interpretación cuando un texto sea claro y no dé lugar a dudas o controversias. Únicamente serían objeto de interpretación los textos *oscuros* [...] Otras veces, en cambio, se habla de “interpretación” para referirse a cualquier atribución de significado a

⁶¹ L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 102 y 103.

⁶² U. SCHMILL y J.R. COSSÍO, “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 68.

⁶³ M. SEGURA ORTEGA, *Sobre la interpretación del Derecho*, cit., p. 97.

⁶⁴ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 85.

una formulación normativa, con independencia de que existan dudas o controversias. En este sentido, cualquier texto requiere siempre interpretación”⁶⁵.

El debate⁶⁶ es entre quienes⁶⁷ afirman que si el texto es claro no requiere interpretación⁶⁸, y aquellos⁶⁹ que, por el contrario, sostienen que la interpretación siempre es necesaria. Este debate puede plantearse como una discusión sobre casos fáciles y casos difíciles⁷⁰. Entre los argumentos de quienes afirman que si el texto es claro no requiere interpretación se encuentra la tesis de la distinción entre comprensión e interpretación⁷¹.

⁶⁵ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 148.

⁶⁶ En relación con los términos de este debate, véanse F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (1995-1996), Dykinson, Madrid, 1997, p. 32; M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., pp. 26 y 27; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 205; G. PALOMBELLA, *Filosofía del Derecho: Moderna y contemporánea* (1996), trad. de J. Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999, p. 199; J. WRÓBLEWSKI, “El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica” (1984), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 212; *Id.*, “El razonamiento en la interpretación jurídica” (1969), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 174 y 175; e *Id.*, “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología” (1972), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 151 y 152.

⁶⁷ G. PALOMBELLA, *Filosofía del Derecho...*, cit., p. 210.

⁶⁸ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho* (2001), Ariel, Barcelona, 2012, pp. 281 y 282, explica que: “[l]a operación de interpretar supone una relación entre un texto previo, un sujeto (el intérprete) y un nuevo texto, y se lleva a cabo cuando el significado del texto previo (el material del que parte el jurista para resolver un problema) es dudoso. Ahora bien, lo que hace que surjan esas dudas son los siguientes factores (o una combinación de ellos): el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad y de vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho -lo escrito- y lo que se quiso decir); es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento”.

⁶⁹ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 149. En otro trabajo, sin embargo, J.J. MORESO MATEOS, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 217 y 218, admite que “la interpretación jurídica -la conveniencia de intentar sustituir un símbolo por otro- surge cuando tenemos algunas dudas sobre la aplicación de una regla a algún caso [...] En los casos claros, hay básicamente comprensión de la regla, que se manifiesta en los actos de seguimiento de ella”. En relación, por otro lado, con algunos autores que sostienen que la interpretación siempre es necesaria, véanse E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Civitas, 3ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1988, pp. 233 y 234; y R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 29.

⁷⁰ M. ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional: De nuevo sobre los casos trágicos” (1997), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 187-213, en especial pp. 189, 194, 195 y 201 (M. ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional: De nuevo sobre los casos trágicos”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 6, México, ITAM-Fontamara, abril 1997, pp. 7-30).

⁷¹ B.H. BIX, *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 2004, p. 103; N. MACCORMICK, *Instituciones del Derecho* (2007), trad. de F. Atria y S. Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 41 (N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007); A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho*, cit., pp. 24, 38 y 197; *Id.*, “The Separation Thesis and the Limits of Interpretation” (1999), en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 71-88, en especial p. 78; J. RAZ, “¿Por qué interpretar?”, trad. de R. Tamayo y Salmorán, *Isonomía*, núm. 5, 1996, pp. 25-40, en especial pp. 25 y 26 (Este texto se publicó además como J. RAZ,

Esta señala que si el texto es claro el intérprete comprende el significado. Si el texto es oscuro, la interpretación es necesaria. Se trata, en fin, de un concepto restringido de interpretación jurídica. Otros autores, en cambio, sostienen un concepto amplio. Conviene insistir, sin embargo, que en ambos conceptos se parte de una posición analítica. Pues bien, algunos de los argumentos de quienes sostienen que la interpretación siempre es necesaria son los siguientes. El papel del juez⁷². El operador jurídico siempre interpreta⁷³. Las normas jurídicas necesitan ser interpretadas para conocer su contenido en el caso concreto⁷⁴. En ocasiones, no es posible hablar de claridad en las normas jurídicas⁷⁵. La claridad u oscuridad de una norma es una decisión que sólo se alcanza después de la interpretación⁷⁶. En fin, adoptar alguno de estos conceptos tiene ciertas implicaciones, que tienen que ver por ejemplo con el momento en que es posible hablar de normas jurídicas o bien, con la idea de aplicación del Derecho.

“¿Por qué interpretar?”, trad. de R. Tamayo y Salmorán, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 39-56; R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, cit., p. 35; y J. WRÓBLEWSKI, “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica” (1963), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 117; *Id.*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 24-26; *Id.*, “El problema del sentido de la norma jurídica” (1964), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 100 y 101; *Id.*, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica” (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 135; e *Id.*, “Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial” (1978), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 313-335, en especial p. 317 (J. WRÓBLEWSKI, “Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial”, publicado primeramente en A. Giuliani y N. Picardi (eds.), *L’educazione giuridica III La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, pp. 84-106; traducido con el título “Teoretiska och ideologiska problem vid kontroll av rättsliga avgöranden”, *Tidskrift utgiven av Jurisdiska Föreningen i Finland*, núm. 3, 1978, pp. 123-146; reproducido (en inglés) en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Aarnio, Helsinki, 1983, pp. 127-155). En contra de la distinción entre comprensión e interpretación, véase C. MASSINI CORREAS, “La Teoría del Derecho natural y la interpretación jurídica”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos...*, cit., p. 68.

⁷² A. HAMILTON, “El Federalista, XXII” (1787), en *Id et al*, *El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 85-92, en especial p. 90 (A. HAMILTON et al, *The Federalist; a Commentary on the Constitution of the United States*, 1780).

⁷³ R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, cit., p. 17; y G. PECES-BARBA MARTÍNEZ et al, *Curso de derechos fundamentales...*, cit., p. 570.

⁷⁴ N.M. LÓPEZ CALERA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 113.

⁷⁵ R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho...*, cit., p. 189; y B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., pp. 402 y 403.

⁷⁶ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., p. 56; V. FROSINI, *Teoría de la interpretación jurídica*, cit., p. 2; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 229. En otro trabajo, L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 82 y 83, explica que: “[e]n realidad parece que, en su origen, el principio <in claris non fit interpretatio> no significaba exactamente que ante una norma precisa e indubitada resultase superflua la actividad interpretativa, sino que expresaba más bien un simple criterio de jerarquía normativa destinado a mostrar la preferencia de la ley, es decir, del Derecho Romano y de los decretos del soberano, sobre cualquiera otra forma de producción jurídica y, en especial, sobre las opiniones de los jurisconsultos”. O bien, continúa L. PRIETO SANCHÍS, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho* (1985-1986), Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005, pp. 169 y 170, “<in claris non fit interpretatio> equivalía a postular una interpretación declarativa frente a cualquier intento de corrección o restrictiva. Precisamente, la decadencia de aquel principio no obedece a que haya dejado de creerse en la posibilidad de <leyes claras>, sino de modo principal a que ya no se concibe la interpretación como una tarea meramente intelectual y descubridora de un significado propio e independiente de los enunciados normativos”.

1.2. Sobre algunas implicaciones de adoptar un concepto restringido o un concepto amplio de interpretación jurídica

Si se parte de un concepto restringido de interpretación, es posible aceptar que cuando el texto es claro, la norma tiene una existencia independiente de la actividad del intérprete. La norma es el presupuesto o punto de partida de la interpretación. Por el contrario, si se parte de un concepto amplio de interpretación, sólo es posible hablar de normas jurídicas después de la interpretación. La norma es un significado⁷⁷. La norma es el resultado o punto de llegada de la interpretación⁷⁸. En el presente subapartado trataré de plantear algunas de las implicaciones de la opción por uno u otro punto de partida. Aunque conviene advertir que entre estos extremos existen posiciones intermedias⁷⁹. Pues bien, una primera implicación tiene que ver con el momento en que es posible hablar de normas jurídicas⁸⁰. La discusión, sin embargo, puede plantearse en otros términos. Por

⁷⁷ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 34; J.J. MORESO MATEOS, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 19; P. NAVARRO, “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía*, núm. 22, 2005, pp. 99-122, en especial p. 103; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 50; y J.L. RODRÍGUEZ y G. SUCAR, “Las trampas de la derrotabilidad: Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 403-420, en especial p. 407.

⁷⁸ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 53; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 254; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 216.

⁷⁹ Me refiero, por ejemplo, al planteamiento de L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 109, pues defiende que, en su opinión, “es verdad que la norma constituye el resultado de la interpretación, pues obtiene de ella su significado relevante para el caso examinado, pero es cierto también que constituye su precedente, ya que limita y orienta, en ocasiones con sumo detalle, dicha actividad interpretativa”. Esta postura se explica porque como se sabe de acuerdo con Prieto este debate, en sus palabras, “se trata de una cuestión de grado: ningún supuesto será tan fácil que el <auténtico> significado se <aparezca> ante los ojos del juez, pero ninguno tampoco tan difícil que le permita arrinconar los libros de Derecho” (p. 93).

⁸⁰ En relación con la cuestión de qué es una norma jurídica, véanse R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, p. 155 (R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986); R. TAMAYO Y SALMORÁN, “Interpretación constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa”, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 106; y J. WRÓBLEWSKI, “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la Axiología Jurídica” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 27. Al respecto de la diferencia entre norma jurídica y proposición normativa, véanse E. DÍAZ GARCÍA, *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 159; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., pp. 14 y 35; H. KELSEN, *Introducción a la Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de E.O. Rabasa, Nacional, 1ª reimp., México, 1974, p. 31; *Id.*, *Teoría General de las Normas* (1979), trad. de H.C. Delary Jacobs, Trillas, México, 1994, pp. 135, 160 y 189 (H. KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzschke-Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1979); *Id.*, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª ed., México, 1986, pp. 84, 86 y 93 (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960); *Id.*, “Una teoría “realista” y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vázquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1992, pp. 7-46, en especial p. 16 (H. KELSEN, “Eine “Realistische”

ejemplo, se dice que “estamos ante dos concepciones de la norma: la norma <dato> frente a la norma <resultado>. La primera de ellas, la más tradicional o clásica, identificaría la norma con el enunciado lingüístico emanado por el centro de producción normativa. La segunda de ellas, exigiría la interposición de la actividad hermenéutica como requisito para poder hablar de norma: la norma como mensaje normativo interpretado y no sólo como enunciado lingüístico”⁸¹. Aunque más adelante me referiré a algunas teorías de la interpretación jurídica, aquí conviene avanzar que estamos hablando en línea de principio de dos tendencias. Se trata de la interpretación jurídica entendida como el descubrimiento o bien, como la atribución de significado⁸².

En relación con la tesis de que es posible hablar de normas jurídicas antes de la interpretación se ha defendido, por ejemplo, que “la función interpretativa de las [l]eyes no es una adición de algo nuevo al precepto de cuya interpretación se trata, sino una mediación imprescindible para poder introducir dicho precepto en el mundo real y articularlo en el sistema jurídico general, que siempre trasciende a dicho precepto aislado”⁸³. Sobre la tesis de que sólo es posible hablar de normas jurídicas después de la interpretación, en cambio, se ha dicho que “la idea de que la interpretación resulta siempre necesaria dado que la norma se presenta como su resultado más que como su presupuesto puede entenderse de diferentes formas y requiere ser matizada. Así, en primer término, puede quererse indicar que la norma no adquiere verdadera existencia hasta que se completa la interpretación o más exactamente cuando se aplica, quizás en una línea cercana al realismo jurídico; o también puede significar que la norma constituye un presupuesto más de la tarea de comprensión, como puede serlo la tradición o la cultura jurídica en la que opera el intérprete, tesis que seguramente sería asumida por los cultivadores de la hermenéutica. Ambas posiciones resultan de difícil defensa para quienes opinan que el sistema normativo presenta una realidad propia y distinta de lo que

und die Reine Rechtslehre (Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice)”, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, tomo X, volumen 1, 1959, Viena); J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 71; y L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 51.

⁸¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Poder, ordenamiento jurídico, derechos*, cit., p. 29.

⁸² J. WRÓBLEWSKI, “Introducción”, a *Id.*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 18.

⁸³ E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución” (1984), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (1984), Civitas, 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 85-174, en especial p. 129 (E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984).

constituye el proceso de interpretación y aplicación”⁸⁴. Por otra parte, se ha sostenido que identificar el Derecho quiere decir identificar normas jurídicas a través de la interpretación⁸⁵. En definitiva, se afirma que la norma depende de la interpretación⁸⁶.

Ya se dijo que uno de los debates en relación con la interpretación jurídica es entre quienes afirman que si el texto es claro no requiere interpretación, y aquellos que, por el contrario, sostienen que la interpretación siempre es necesaria. Como se acaba de ver, una de las implicaciones de asumir alguna de estas tesis tiene que ver con el momento en que es posible hablar de normas jurídicas. Otra se refiere a la aplicación del Derecho. Algunos afirman que para aplicar el Derecho no se requiere interpretación si el texto es claro. Otros sostienen que para aplicar el Derecho la interpretación siempre es necesaria. Las consecuencias para el trabajo de prestar atención a esta discusión tienen que ver con la necesidad de mostrar el estado de la cuestión. Pues bien, en lo que sigue me referiré a la relación entre interpretación y aplicación del Derecho.

La aplicación del Derecho “consiste, fundamentalmente, en derivar y fundamentar un fallo individual a partir del ordenamiento jurídico”⁸⁷ o bien, aplicar el Derecho no es otra cosa más que “la determinación de consecuencias jurídicas para unos hechos dados”⁸⁸. Moreso, por su parte, indica que la aplicación del Derecho es “la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado”⁸⁹. Aunque, continúa Moreso, es cierto que: “[l]a expresión “aplicación del Derecho”, al igual que “interpretación jurídica”, padece de la ambigüedad proceso-producto. Así, se refiere tanto a la actividad de decidir casos individuales conforme a las normas generales, como al resultado de esa

⁸⁴ L. PRIETO SANCHÍS, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, cit., pp. 170 y 171.

⁸⁵ J.C. BAYÓN MOHÍNO, “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”, en VV.AA., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, pp. 27-73, en especial p. 47.

⁸⁶ VV.AA., “Lección Octava: Creación, interpretación y aplicación del Derecho. Derecho y lenguaje. El razonamiento jurídico. Criterios de interpretación. La argumentación jurídica”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 281-328, en especial p. 282.

⁸⁷ B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 367.

⁸⁸ J. WRÓBLEWSKI, “Los hechos en el Derecho” (1973), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 259-277, en especial p. 260 (J. WRÓBLEWSKI, “Los hechos en el Derecho”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, núm. 2, 1973, pp. 161-178; reproducido en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Aarnio, Helsinki, 1979, pp. 113-139; Helsinki, 1983, pp. 104-126).

⁸⁹ J.J. MORESO MATEOS, “Conflictos entre principios constitucionales”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 99-121, en especial p. 99.

actividad”⁹⁰. Es necesario, por otro lado, distinguir entre creación⁹¹ y aplicación del Derecho. Prieto explica que “la creación de Derecho consiste en la formulación de normas más o menos generales dotadas de eficacia general o *erga omnes*, mientras que la aplicación se orienta a la resolución de los casos o controversias particulares con arreglo a lo establecido en tales normas”⁹². Si se admite esta idea, creo que está clara la diferencia entre crear y aplicar el Derecho. Sin embargo, como ya se dijo, sí existe cierta discusión en torno a la relación entre interpretación jurídica y aplicación del Derecho. Digo esto porque se ha sostenido, por ejemplo, que se trata de la misma actividad. En efecto: “[a]plicar el Derecho es fundamentalmente, interpretarlo”⁹³. Se ha defendido, por otro lado, que la interpretación jurídica y la aplicación del Derecho son actividades independientes o, lo que es lo mismo, que no tienen relación alguna. En este sentido, se apunta que “es obvio que puede haber interpretación sin aplicación y esto sucede en todos aquellos casos en los que el sujeto que interpreta no es un órgano encargado de aplicar el Derecho. Pensemos, por ejemplo, en el trabajo efectuado por la [C]iencia [J]urídica”⁹⁴. O, dicho de forma breve, “no es indispensable la interpretación para aplicar el [D]erecho”⁹⁵.

El debate es entre quienes afirman que para aplicar el Derecho si el texto es claro no se requiere interpretarlo, y aquellos que sostienen que para aplicar el Derecho la interpretación siempre es necesaria⁹⁶. Esta última idea no es otra cosa más que la “tesis de la inevitabilidad”⁹⁷. He intentado poner de manifiesto que, aunque interpretación se

⁹⁰ J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 176.

⁹¹ U. SCHMILL y J.R. COSSÍO, “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 59.

⁹² L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 275.

⁹³ L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 541.

⁹⁴ M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 208.

⁹⁵ R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 54.

⁹⁶ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., p. 53; F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho...*, cit., p. 310; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 256; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 389; M. SEGURA ORTEGA, *Sobre la interpretación del Derecho*, cit., p. 21; *Id.*, *Teoría del Derecho*, cit., p. 208; C. de SILVA, “La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 145; y R. TAMAYO Y SALMORÁN, “Interpretación constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa”, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 98.

⁹⁷ En efecto, P. NAVARRO, *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, cit., p. 100, comienza por decir que denominará “tesis de la inevitabilidad” (en adelante, TI), a la idea de que siempre es necesaria una decisión interpretativa para identificar o aplicar una norma general. Conforme a esta tesis, las normas no se aplican por sí mismas sino que siempre es necesaria una decisión interpretativa que resuelva acerca de la aplicabilidad de una determinada norma”. En este contexto, Navarro reseña que al hablar de esta tesis

trata de un término equívoco⁹⁸, es posible admitir que la interpretación jurídica es la atribución de significado a textos jurídicos⁹⁹. No me ocupé, sin embargo, del concepto de significado en los ámbitos de la Filosofía del Lenguaje¹⁰⁰ ni del Derecho¹⁰¹. Preferí, en cambio, mostrar uno de los debates sostenidos en relación con la interpretación jurídica. En uno de los extremos se afirma que si el texto es claro no se requiere interpretación. Se trata de un concepto restringido de interpretación jurídica. Implica que es posible hablar

es posible distinguir entre: “a) *La identificación de las normas*. La interpretación es inevitable para identificar las normas que expresan los textos que ha promulgado la autoridad normativa [...] b) *El alcance de las normas*. La interpretación es inevitable para determinar el alcance de una norma general, i.e. los casos que la norma regula [...] c) *La aplicación de las normas*. La interpretación es inevitable para aplicar normas generales a casos individuales [...] Mientras que en la primera versión se discute la conexión entre normas y formulaciones lingüísticas empleadas por las autoridades, en la segunda la pregunta es qué conecta a las normas generales con los casos genéricos que ellas regulan. Por último, en la tercera tesis, el interrogante es “¿Qué conecta a las normas generales con los casos individuales?” En todas estas versiones, TI [tesis de la inevitabilidad] sostiene que existe una brecha conceptual que sólo puede ser superada mediante una conexión interpretativa” (p. 102).

⁹⁸ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., pp. 225 y 226; y R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, cit., p. 3.

⁹⁹ Aunque como se sabe es posible hablar de interpretación de los hechos. En este sentido, véanse R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho...*, cit., pp. 50 y 389-395; M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 137; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 179-183; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 209 y 210; R. TAMAYO Y SALMORÁN, “Interpretación constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa”, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 94 y 95; y R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, cit., pp. 15-31.

¹⁰⁰ J.A. CRUZ PARCERO, “Los argumentos lingüísticos en la interpretación jurídica”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., pp. 155-189, en especial p. 156; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., pp. 17 y 18; M. IGLESIAS VILA, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, cit., pp. 91 y 92; H. KELSEN, *Teoría General de las Normas*, cit., p. 49; J.J. MORESO MATEOS, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 23; K.R. POPPER, “Autorreferencia y significado en el lenguaje común” (1954), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones...*, cit., pp. 367-374, en especial p. 371 (K.R. POPPER, “Autorreferencia y significado en el lenguaje común”, *Mind*, N.S., 63, 1954); *Id.*, “Sobre las fuentes del conocimiento y de la ignorancia” (1960), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones...*, cit., p. 41; A. ROSS, “Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas” (1967), trad. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., pp. 118 y 119; *Id.*, *Lógica de las normas*, cit., pp. 3, 4, 5, 7, 15, 18, 19 y 39; *Id.*, “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho constitucional” (1967), trad. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., pp. 49-81, en especial p. 61 (A. ROSS, On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law, 1967); B. RUSSELL, *El conocimiento humano*, cit., pp. 18, 76, 83, 84, 85, 94, 97, 108, 109, 110, 162, 163, 251, 261, 502, 503 y 505; *Id.*, “La Filosofía del atomismo lógico” (1918), trad. de J. Muguerza, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía*, cit., pp. 139-251, en especial pp. 148, 149 y 157 (B. RUSSELL, “Philosophy of Logical Atomism”, *Logic and Knowledge*, George Allen and Unwin, Ltd., Londres, 1918. La versión castellana de esta obra ha sido publicada bajo el título *Lógica y conocimiento*, por Taurus Ediciones, de Madrid); M. SCHLICK, “El futuro de la Filosofía”, trad. de A. Deaño, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía*, cit., pp. 278-293, en especial p. 286 (M. SCHLICK, “Die Zukunft der Philosophie”, *Gesammelte Aufsätze*, Gerold and Co., Viena); y J.R. SEARLE, *Actos de habla...*, cit., pp. 51, 56, 57 y 131.

¹⁰¹ R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., p. 37; F. LLEDÓ YÁGÜE, “La norma jurídica”, en *Id.* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho...*, cit., pp. 310 y 311; P. NAVARRO, *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, cit., p. 106; A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 28, 29, 30, 149, 150, 154 y 170; J. WRÓBLEWSKI, “El problema del sentido de la norma jurídica” (1964), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 99; e *Id.*, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica” (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 132.

de normas jurídicas antes de la interpretación. Y termina por decir que para aplicar el Derecho si el texto es claro no se requiere interpretarlo. En este debate, el otro extremo sostiene que la interpretación siempre es necesaria. Se trata de un concepto amplio de interpretación jurídica. Implica que sólo es posible hablar de normas jurídicas después de la interpretación. Y termina por decir que para aplicar el Derecho la interpretación siempre es necesaria. Estas tesis son defendidas por algunos modelos de interpretación jurídica.

2. American Jurisprudence through English Eyes: the Nightmare and the Noble Dream

Es posible identificar tres modelos que discuten sobre la determinación del Derecho. En uno de sus trabajos¹⁰², Redondo advierte que la determinación del Derecho es un tema debatido en Teoría del Derecho. Sin embargo, es posible distinguir tres versiones de este debate entre posiciones “deterministas” e “indeterministas”. Estas versiones se refieren a la determinación causal, los sistemas completos o incompletos, y a la determinación del contenido del Derecho. Lo que quiere decir, en palabras de Redondo, que: “[l]a primera [...] constituye una pregunta acerca de las causas de una decisión jurídica, la segunda presenta un interrogante acerca del carácter completo u omnicompreensivo del [D]erecho; y la tercera, plantea una cuestión acerca de su contenido”¹⁰³.

En relación con la primera versión, es decir, la que tiene que ver con la determinación causal, Redondo afirma que en ocasiones la pregunta por la determinación del Derecho se refiere al “carácter causalmente determinado o indeterminado de las decisiones judiciales”¹⁰⁴. La segunda versión del debate, en cambio, se refiere a los sistemas completos e incompletos. Aquí, la determinación del Derecho tiene que ver con la regulación deóntica. Lo que quiere decir que una acción está determinada si una norma califica esa acción. Está indeterminada si no existe una norma que la regule. La determinación es una propiedad que no se refiere al Derecho sino a clases de acciones.

¹⁰² M.C. REDONDO, “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, núm. 20, 1997, pp. 177-196.

¹⁰³ Ídem., p. 182.

¹⁰⁴ Ídem., p. 179.

Así, según Redondo, en esta segunda versión, “la tesis determinista sostiene el carácter completo de las calificaciones ofrecidas por el [D]erecho, i.e. necesariamente toda acción encuentra una calificación en un sistema jurídico. Por el contrario, la tesis indeterminista defiende la posibilidad de que existan lagunas, i.e. no necesariamente toda acción está regulada en un sistema jurídico”¹⁰⁵. Finalmente, de acuerdo con Redondo, la determinación del Derecho tiene que ver con la discusión entre la tesis de la única respuesta correcta y la tesis de la discrecionalidad judicial. En esta tercera versión, es decir, la relacionada con la determinación del contenido del Derecho, según Redondo, “el carácter determinado o indeterminado se refiere al contenido de las disposiciones jurídicas”¹⁰⁶. En mi opinión, los modelos de interpretación jurídica discuten sobre la determinación del Derecho en esta tercera versión del debate. Es decir, discuten sobre el contenido del Derecho. En el presente apartado me ocuparé de la tesis de la indeterminación radical del Derecho (2.1.), defendida por algunas variedades del realismo jurídico, como el americano (2.1.1.), el escandinavo (2.1.2.), y el genovés (2.1.3.). Después prestaré atención a la tesis de la determinación radical del Derecho, que identificaré con la teoría de Dworkin, y me detendré en la tesis de la indeterminación parcial del Derecho sostenida por Hart (2.2.).

En un artículo¹⁰⁷ que, dicho sea de paso, da título a este apartado, Hart se ocupa de estas tesis. Hart dice que la Teoría del Derecho americana está marcada por concentrarse, casi al punto de la obsesión, en el proceso judicial: qué es lo que las Cortes hacen y deben hacer, cómo razonan los jueces y deben razonar al decidir los casos particulares. Para demostrarlo, Hart cita a O.W. Holmes, que como se sabe dijo que “las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”¹⁰⁸ es lo que entendía por Derecho. Hart afirma que en ese artículo destacará la concentración de la Teoría del Derecho americana en el proceso judicial, asegurando que se trata de uno de sus rasgos característicos. La explicación de esta concentración, continúa Hart, es sin duda el extraordinario papel que los tribunales, pero sobre todo la Corte Suprema de los Estados Unidos, juegan en el Gobierno americano. Un abogado inglés se dará cuenta que

¹⁰⁵ Ídem., p. 180.

¹⁰⁶ Ídem., p. 181.

¹⁰⁷ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 123-144.

¹⁰⁸ O.W. HOLMES, “La senda del Derecho” (1897), s.t., en *Id.*, *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.a., pp. 15-52, en especial p. 21 (O.W. HOLMES, “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897).

este papel de la Corte es claro por dos aspectos. El primero es que las decisiones de la Corte tienen el poder de revisar y declarar inconstitucionales leyes del Congreso y de las legislaturas estatales. El segundo aspecto está relacionado con la cláusula del *due process of law*, que no sólo se refiere a la forma o procedimiento, sino también al contenido de la legislación. Efectivamente, según Hart, el segundo aspecto es la doctrina de la cláusula de la Quinta Enmienda, y posteriormente de la Décima Cuarta Enmienda, que establece que ninguna persona podrá ser privada de la vida, la libertad o de su propiedad, sin el *due process of law*. Esta doctrina, continúa Hart, no sólo se refiere a cuestiones de forma o procedimiento, sino también al contenido de la legislación. Lo que llama la atención de un abogado inglés es que una ley del Congreso de “impecable claridad”, que fue aprobada por una enorme mayoría, cumpliendo con todos los requisitos de procedimiento especificados por la Constitución, puede ser inválida si interfiere con la libertad individual o con la propiedad al no satisfacer algún requerimiento de un estándar vago e indefinido como la razonabilidad o la conveniencia. Esta doctrina es llamada *substantive due process*.

Los abogados y filósofos del Derecho se han preguntado qué concepción de la naturaleza del Derecho es compatible con estos poderes judiciales. Ciertamente, continúa Hart, la Teoría del Derecho americana no ha evadido la cuestión. El desarrollo de teorías para explicar este extraordinario fenómeno judicial ha oscilado entre dos extremos con muchos puntos intermedios. A estos extremos Hart les llama “*the Nightmare and the Noble Dream*”¹⁰⁹. *The Nightmare*, de acuerdo con Hart, se identifica con el movimiento denominado realismo americano, que tuvo lugar en los Estados Unidos entre 1920 y 1930, representado por Holmes, Llewellyn y Frank. Este movimiento, según Hart, insistía en que para entender el Derecho todo lo que importaba era qué hacían los tribunales, y la posibilidad de predecirlo. No lo que las “reglas de papel” digan ni las razones que los jueces den para sus decisiones. Moreso, por su parte, denomina *the Nightmare* o Pesadilla a una concepción escéptica sobre la interpretación constitucional. De acuerdo con Moreso, esta concepción viene a decir que “los jueces nunca aplican un [D]erecho preexistente a los casos que resuelven, sino que siempre crean el Derecho”¹¹⁰. Esta concepción afirma el concepto amplio de interpretación jurídica al que me referí en el

¹⁰⁹ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., p. 125.

¹¹⁰ J.J. MORESO MATEOS, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 206.

apartado anterior. Pues bien, en lo que sigue me ocuparé de algunas variedades del realismo jurídico que a mi forma de ver las cosas defienden la tesis de la indeterminación radical del Derecho. Creo que esta opción está justificada, porque estoy de acuerdo con L.L. Hierro cuando, hablando de las variedades americana y escandinava, sostiene que: “[a]mbos movimientos, en cualquier caso, desempeñaron un papel protagonista en el desarrollo del pensamiento jurídico occidental durante el siglo XX y dejaron su impronta en el planteamiento y la solución de los problemas que todavía hoy nos siguen preocupando. [Hierro cree] que esta es una buena razón para, todavía hoy, estudiarlos”¹¹¹. Además, me inclino a pensar que esta opción es pertinente porque no debe perderse de vista que, conviene repetirlo, en este capítulo estoy desarrollando uno de los argumentos de las teorías neoconstitucionalistas para defender la insuficiencia del positivismo jurídico para explicar el Derecho del Estado constitucional, que tiene que ver con el problema de la interpretación jurídica. Señalo que la opción es pertinente pues algunas de las variedades del realismo jurídico ofrecen una respuesta a este problema, que más adelante convendrá comparar con la propuesta del positivismo jurídico hartiano.

2.1.La tesis de la indeterminación radical del Derecho

En relación con la denominación del planteamiento sobre el Derecho conocido como “realismo jurídico”¹¹², Riddall, por ejemplo, comienza por decir que realismo “es un término con diversos significados. Utilizado en [F]ilosofía, este concepto [...] significa que los universales tienen una existencia distinta de los entes particulares a los que representan. Tomado en otro sentido, el realismo designa lo relativo al mundo real, al mundo tal como existe en realidad. Este sentido conlleva la actitud de ser práctico, pragmático, de tener los pies en el suelo. Realismo en este sentido, aplicado a asuntos intelectuales, designa el examen de teorías, evaluándolas en relación con lo que se observa

¹¹¹ L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del Derecho* (1979), Iustel, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 25.

¹¹² J. HERVADA, “Prólogo”, a *Id.*, *¿Qué es el Derecho?...*, cit., pp. 11 y 12, en especial p. 11, por su parte, identifica lo que denomina como realismo jurídico clásico con la idea de “el [D]erecho como lo justo”. En este sentido, véase C.I. MASSINI CORREAS, “El concepto de Derecho: Acerca de la concepción realista del Derecho”, en *Id.*, *Sobre el realismo jurídico*, cit., pp. 13-28, en especial p. 21 (C.I. MASSINI CORREAS, “El concepto de Derecho: Acerca de la concepción realista del Derecho”, *Sapientia. Revista de la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica Argentina*, núm. 125, s.a.).

en el mundo, y descartando las que no concuerdan con hechos reales experimentados”¹¹³. El realismo jurídico tiene como origen una reacción frente al formalismo¹¹⁴. Se trata de un movimiento crítico del método jurídico tradicional¹¹⁵, que presta atención a la efectividad del Derecho¹¹⁶, así como al punto de vista del abogado¹¹⁷. El realismo sostiene la idea del poder de creación de Derecho por parte del juez¹¹⁸, y afirma que el Derecho no es norma sino hecho¹¹⁹ y, en concreto, comportamiento judicial¹²⁰. Las teorías realistas, según Ross, están de acuerdo en que la vigencia del Derecho se traduce en la “efectividad social de las normas jurídicas”¹²¹. Es posible, sin embargo, continúa Ross, distinguir entre dos enfoques del realismo jurídico. Se trata de las ramas psicológica y conductista. De hecho, “el complejo esquema de pensamiento propio del realismo jurídico, como corriente en la [F]ilosofía y en la [T]eoría general del Derecho [...] supone el encuentro contradictorio de la epistemología neoempirista, el método analítico, y las doctrinas psico-sociológicas, conductistas y pragmatistas en el pensamiento jurídico”¹²².

La rama psicológica del realismo jurídico, en palabras de Ross, “encuentra la realidad del [D]erecho en hechos psicológicos. Una norma es vigente si es aceptada por

¹¹³ J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho* (1991), trad. de A. Ackerman, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 215 (J.G. RIDDALL, *Jurisprudence*, Butterworths, Londres, 1991).

¹¹⁴ B.A. ACKERMAN, *Del realismo al constructivismo jurídico* (1983), trad. de J.G. López Guix, Ariel, Barcelona, 1988, p. 88 (B.A. ACKERMAN, *Reconstructing American Law*, Harvard University Press, 1983).

¹¹⁵ E. GARCÍA MÁYNEZ, “Positivismo jurídico”, en *Id.*, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (1967), Fontamara, México, 1993, pp. 9-74, en especial p. 20; L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, *cit.*, p. 67; y J.I. SOLAR CAYÓN, “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo: Los orígenes del realismo jurídico americano”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, pp. 176-192, en especial p. 189. En otra obra, J.I. SOLAR CAYÓN, *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, p. 104, insiste en que “el realismo ha de entenderse sobre todo como una teoría (fundamentalmente crítica) de la adjudicación, es decir, una teoría sobre la aplicación judicial del [D]erecho”.

¹¹⁶ E. GARCÍA MÁYNEZ, “Realismo sociológico-jurídico”, en *Id.*, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, *cit.*, pp. 75-123, en especial p. 105; y E.P. HABA, “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)”, *Doxa*, núm. 25, 1989, pp. 5-67, en especial p. 22.

¹¹⁷ J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre* (1951), trad. de C.M. Bidegain, Fontamara, México, 1991, pp. 7-22, en especial pp. 10 y 11 (J. FRANK, “Short of sickness and death: A study of moral Responsibility in Legal Criticism”, *New York University Law Review*, volumen 26, octubre 1951, número 4, pp. 545-633).

¹¹⁸ J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, *cit.*, pp. XI-CXXXVI, en especial p. XVIII.

¹¹⁹ F.J. CAMPOS ZAMORA, “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 122, 2010, pp. 191-220, en especial p. 195.

¹²⁰ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, *cit.*, p. 70.

¹²¹ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, *cit.*, p. 99.

¹²² J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, *cit.*, p. XV.

la conciencia jurídica popular”¹²³. Este punto de vista, según Ross, lo defiende por ejemplo K. Olivecrona. Algunos autores como Marmor identifican esta rama psicológica como la idea central del realismo jurídico. En efecto, en palabras de Marmor: “[s]e considera que el realismo es una posición relativa a un problema metafísico, una concepción sobre la manera en la que nuestros pensamientos y nuestro lenguaje se relacionan con el mundo”¹²⁴. La segunda, esto es, la rama conductista, de acuerdo con Ross, “encuentra la realidad del [D]erecho en las acciones de los tribunales. Una norma es vigente si hay fundamentos suficientes para suponer que será aceptada por los tribunales como base de sus decisiones”¹²⁵. Este planteamiento, según Ross, es afirmado por O.W. Holmes.

Ross, por su parte, no admite estos puntos de vista. En su opinión: “[s]ólo podremos alcanzar una interpretación sostenible de la vigencia del [D]erecho, si efectuamos una síntesis del realismo psicológico y el realismo conductista [...] [El punto de vista de Ross] es conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada, del juez. Es psicológico, en la medida en que la aludida consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, únicamente posible sobre la base de la hipótesis de que en su vida espiritual el juez se halla gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos”¹²⁶. Más adelante me ocuparé de algunos aspectos de la teoría de Ross. Aquí me detendré en el realismo americano.

2.1.1. Realismo americano

El realismo americano, conviene repetirlo, es un planteamiento sobre el Derecho que se desarrolló en los Estados Unidos entre 1920 y 1930¹²⁷. Entre los representantes de este planteamiento se encuentran Holmes, a quien suele citársele como precursor, Llewellyn y Frank. El origen del realismo jurídico como ya se dijo es una crítica al

¹²³ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 99.

¹²⁴ A. MARMOR, *Interpretación y Teoría del Derecho*, cit., p. 118.

¹²⁵ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 101.

¹²⁶ Ídem., p. 102.

¹²⁷ J.I. SOLAR CAYÓN, *Karl N. Llewellyn...*, cit., p. 176.

formalismo. En el caso del realismo americano, además de esta crítica¹²⁸, como nos recuerda Olivecrona, se trató de una reacción frente a “nociones metafísicas”¹²⁹, así como en contra “de los métodos rígidos y tradicionales en la administración de justicia”¹³⁰. Conviene advertir, por otro lado, que: “[e]ste movimiento no constituye en sí una escuela jurídica, porque no se compone de un grupo de hombres con un credo común y un programa unificado. Lo que caracteriza a quienes se califican a sí mismos de “realistas jurídicos” (*legal realists*) es un método peculiar de enfocar los problemas, un modo específico de pensamiento jurídico. En primer lugar, los realistas jurídicos concentran su atención en aquellos aspectos del Derecho que giran alrededor de los procesos ante los tribunales y el procedimiento ante los tribunales administrativos [...] En segundo lugar, los pensadores realistas [...] consideran el Derecho como un cuerpo de decisiones más que como un cuerpo de normas”¹³¹.

Así, para los realistas americanos, “el Derecho se reduciría a la conducta efectiva de los tribunales [...] el único modo de saber lo que es Derecho consiste en analizar el comportamiento real de los tribunales”¹³². Lo que se explica, si no se pierde de vista que “el dominante *common law*, que caracteriza el sistema americano atribuyendo al [D]erecho judicial el papel central, es un presupuesto determinante”¹³³ del realismo americano. De este modo, Prieto defiende que para este planteamiento “su tesis básica consiste en afirmar que el <verdadero> Derecho no está formado por las reglas generales del legislador, sino precisamente por las sentencias, por las interpretaciones de los jueces”¹³⁴. El movimiento americano es en este sentido “realista”. Es decir, como apunta Ross, “en la medida en que ve en el [D]erecho un fenómeno social determinado por la aplicación hecha por los tribunales”¹³⁵. O, lo que es lo mismo, continúa Ross, para el realismo americano “la existencia del [D]erecho es determinada por su aplicación por los

¹²⁸ H.G. BOUVIER, “Lenguaje y Teoría del Derecho: Tensiones en una variante del realismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 25-51, en especial p. 27.

¹²⁹ K. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, cit., pp. 15 y 16. En este sentido, véase K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho...*, cit., pp. 163 y 164.

¹³⁰ K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho...*, cit., p. 45.

¹³¹ E. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho* (1940), trad. de V. Herrero, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., México, 1964, p. 355 (E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, McGraw Hill, Nueva York-Londres, 1940). En relación con la idea de que el realismo americano no constituyó una escuela jurídica, véase A.E. PÉREZ LUÑO *et al*, *Teoría del Derecho...*, cit., pp. 95 y 96.

¹³² M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 174.

¹³³ G. PALOMBELLA, *Filosofía del Derecho...*, cit., p. 161.

¹³⁴ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 244.

¹³⁵ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 96.

jueces”¹³⁶. A mi forma de ver las cosas, esta postura tiene como punto de partida las ideas de O.W. Holmes. De hecho, existe cierto consenso¹³⁷ sobre la idea de que, en efecto, el realismo americano tiene como punto de partida los planteamientos formulados por Holmes en *The Path of Law*¹³⁸.

Conviene recordar que “en ocasión de inaugurarse un nuevo edificio para la escuela de [D]erecho de la Universidad de Boston, Oliver Wendell Holmes pronuncia esta famosa conferencia que tituló “The Path of Law”. Su extensión es más bien breve. Apenas un poco más de diez mil palabras. Su contenido, en cambio, alcanza para delinear toda una [F]ilosofía del [D]erecho. Dice que el estudio del [D]erecho es el estudio de una profesión cuyo objeto es predicción”¹³⁹. No voy a detenerme, sin embargo, en el contexto de esta conferencia¹⁴⁰. Me interesa, en cambio, avanzar sobre los planteamientos de Holmes. Pues bien, Holmes comienza por decir que cuando estudiamos el Derecho estudiamos una profesión. Se estudia lo necesario para comparecer ante los jueces o bien, para asesorar a otros a fin de evitar controversias judiciales¹⁴¹.

El Derecho es una profesión, continúa Holmes, porque en sociedades como la de Estados Unidos el uso de la fuerza pública ha sido confiado a los jueces. De ser necesario, el poder del Estado se desplegará para hacer efectivas sus sentencias. La gente quiere saber cuándo hará frente a este poder del Estado. Esto justifica determinar los límites más allá de los que se materializará este poder. Así, en palabras de Holmes: “[e]l objeto de nuestro estudio es, pues, predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública por mediación de los tribunales de justicia”¹⁴². Por ejemplo, de acuerdo con Holmes, lo que conocemos como deber jurídico es una predicción de que si una persona deja de

¹³⁶ A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho* (1946), trad. de J. Barboza, Abeledo-Perrot, 1ª reimp., Buenos Aires, 1961, p. 68 (A. ROSS, *Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946).

¹³⁷ N. BOBBIO, “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho* (1958-1960), trad. de J. Guerrero R., Temis, 3ª ed., Bogotá, 2012, pp. 3-140, en especial p. 36; F.J. CAMPOS ZAMORA, *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, cit., p. 203; K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho...*, cit., p. 83; L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 38 y 39; J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, cit., p. 216; A. ROSS, “Prefacio a la edición inglesa” (1958), a *Id.*, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 17-19, en especial p. 17; y J.I. SOLAR CAYÓN, *Karl N. Llewellyn...*, cit., p. 179.

¹³⁸ O.W. HOLMES, “La senda del Derecho” (1897), s.t., en *Id.*, *La senda del Derecho*, cit.

¹³⁹ E. ÁNGEL RUSSO, “Prólogo”, “La vigencia actual de un viejo juez”, a O.W. HOLMES, *La senda del Derecho*, cit., pp. 7-14, en especial p. 10.

¹⁴⁰ J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 7; y J.I. SOLAR CAYÓN, *Karl N. Llewellyn...*, cit., p. 179.

¹⁴¹ J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 16.

¹⁴² O.W. HOLMES, “La senda del Derecho” (1897), s.t., en *Id.*, *La senda del Derecho*, cit., p. 15.

realizar ciertos actos habrá de sufrir la sanción de un tribunal. Lo mismo puede decirse de lo que se llama derecho subjetivo.

En este contexto, según Holmes, su propósito es establecer algunos principios básicos para estudiar el Derecho. Holmes sostiene la tesis del hombre malo¹⁴³. Un hombre, bueno o malo, desea evitar un conflicto judicial. Un hombre bueno, sin embargo, respeta y practica las normas morales. Pagará sus deudas y seguramente evitará los actos que puedan llevarlo a la cárcel. Al hombre malo, en cambio, no le importan las normas morales. Si se quiere conocer el Derecho, el problema debe verse con los ojos del hombre malo, que sólo toma en cuenta las consecuencias materiales de sus actos. El problema, dicho de otra forma, no debe verse con los ojos del hombre bueno, pues él encuentra las razones de su conducta en su conciencia, dentro o fuera del Derecho. Holmes defiende que “si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales de Massachusetts o de Inglaterra. [Holmes opina] de manera bastante parecida. [Holmes entiende] por “Derecho” las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”¹⁴⁴.

Como se sabe, Holmes no es el único representante del realismo americano, pues como decía otros autores se inscriben en esta línea de pensamiento. Me refiero, por ejemplo, a Frank. Creo que está justificado detenerme en algunos aspectos de su teoría, si se admite con Solar que “la adecuada comprensión del pensamiento de Frank se revela casi como un presupuesto imprescindible para despejar el camino hacia una más certera reinterpretación y una mejor evaluación del sentido, los objetivos y el alcance del proyecto realista en general”¹⁴⁵. En lo que sigue me ocuparé de algunos aspectos de la teoría de Frank. Conviene insistir en que existe cierto acuerdo¹⁴⁶ sobre la idea de que Frank es uno de los representantes del realismo americano. De hecho, se ha sostenido que “Frank amplía enormemente el sendero abierto por Holmes. El [D]erecho es comportamiento judicial. Es lo que los jueces deciden en los casos concretos. Los

¹⁴³ J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 7; y J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, cit., p. 216.

¹⁴⁴ O.W. HOLMES, “La senda del Derecho” (1897), s.t., en *Id.*, *La senda del Derecho*, cit., pp. 20 y 21.

¹⁴⁵ J.I. SOLAR CAYÓN, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 19.

¹⁴⁶ F.J. CAMPOS ZAMORA, *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, cit., pp. 206 y 207; y J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 10.

abogados deben procurar la predicción de ese comportamiento. Pero no se trata de anticipar en la medida de lo posible, cómo interpretarán las normas ni cómo declararán el [D]erecho aplicable al caso, sino de algo mucho más difícil e incierto. Se trata de predecir su actitud ante la prueba y su mérito, y, en su virtud, cuál será la decisión del juez respecto de los “hechos” del caso”¹⁴⁷. La teoría de Frank tiene por objeto la determinación de los hechos en el proceso judicial, entre otras razones porque: “[l]a queja constante y persistente de Frank, dirigida tanto a la enseñanza del [D]erecho como a las obras de los juristas, y a la organización de los tribunales, se ha fundado en el escaso o aun el nulo interés demostrado por esclarecer los problemas planteados por la prueba judicial de los hechos controvertidos”¹⁴⁸.

En *Derecho e incertidumbre*¹⁴⁹, Frank señala que el conocimiento de los hechos en los procesos judiciales es problemático. Esto es así, continúa Frank, por varias razones. Una sentencia requiere la aplicación de una norma a los hechos. En la mayoría de los casos, sin embargo, de acuerdo con Frank, la controversia es sobre los hechos, no respecto de las normas¹⁵⁰ porque, en opinión de Frank, “en la gran mayoría de los pleitos los abogados no tienen la menor dificultad en anticipar qué normas jurídicas aplicarán los tribunales, desde que la mayoría de estas normas son precisas y bien asentadas, y ni las partes ni los jueces se molestan por ellas, porque los únicos problemas son problemas de hecho [...] Por lo tanto, la mayoría de los pleitos son “pleitos sobre hechos”, pleitos en que las decisiones dependen solamente de las creencias de los jueces de primera instancia o de los jurados sobre acontecimientos pasados acerca de cuya ocurrencia se disputa [...] La predicción de las sentencias futuras en los “pleitos sobre hechos” que todavía no han iniciado, significa la predicción de estas futuras creencias de los jueces y jurados sobre los hechos pasados”¹⁵¹. Se trata de hechos pasados que el juez o el jurado no pueden observar. Lo que pueden hacer, en cambio, es formarse una creencia. Por ejemplo, a través de las declaraciones de testigos. De hecho, en palabras de Frank: “[e]l elemento central alrededor del cual giran casi todos los pleitos es la creencia o incredulidad del juez de

¹⁴⁷ J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 13.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ J. FRANK, “Derecho e incertidumbre” (1951), trad. de C.M. Bidegain, en *Id.*, *Derecho e incertidumbre*, cit., pp. 23-141.

¹⁵⁰ J.I. SOLAR CAYÓN, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 219, nos recuerda que, para Frank, “el grado de incidencia de la indeterminación normativa como factor de inseguridad jurídica puede ser bastante reducido en determinados sectores jurídicos, sectores en los que la principal fuente de incertidumbre estaría constituida por la dificultad de fijar los hechos realmente acontecidos”.

¹⁵¹ J. FRANK, “Derecho e incertidumbre” (1951), trad. de C.M. Bidegain, en *Id.*, *Derecho e incertidumbre*, cit., pp. 37 y 38.

primera instancia, o del jurado, respecto de las afirmaciones hechas bajo juramento por algunas de las personas que deponen como testigos; la formación de esa creencia o incredulidad constituye la dificultad primaria para decidir la mayoría de los pleitos; y nadie puede convertir en reglas o generalizaciones los medios utilizables para formar correctamente esa creencia o incredulidad”¹⁵².

Como decía, para Frank, el conocimiento de los hechos es un problema por varias razones. Por ejemplo, porque las declaraciones de los testigos pueden discrepar. Así, los hechos no necesariamente son reales. Pueden ser una creencia del juez o del jurado. En la sentencia no importan los hechos reales, sino las creencias sobre ellos. Conviene insistir en que no hay seguridad alguna en que esas creencias correspondan a los hechos reales. Pues, como se acaba de apuntar, las declaraciones de los testigos pueden discrepar. Además, porque los testigos son falibles. Lo mismo que el juez y el jurado, ya que como dice Frank: “[s]i los testigos no pueden ser equiparados a observaciones científicas, tampoco pueden serlo los jueces o jurados cuando están observando a los testigos. Como testigos de testigos, esos jueces y jurados pueden cometer equivocaciones similares a las de los testigos presentes. Pueden entender mal u olvidar ese testimonio”¹⁵³.

Lo interesante, de acuerdo con Frank, es que: “[e]stas falibilidades pueden ser vistas desde lo que parece ser otro ángulo: ellas interfieren en la predicción de las sentencias judiciales futuras”¹⁵⁴. Así, para Frank, la predicción de las sentencias quiere decir la predicción sobre las creencias de los jueces y jurados sobre los hechos, que como ya señalé pueden ser obstruidas por la discrepancia entre las declaraciones de los testigos o bien, porque estos son falibles. Aunque, de acuerdo con Frank: “[o]tros factores que afectan la determinación de los hechos por los tribunales de primera instancia y que obstruyen las predicciones son [...] por ejemplo, los testigos que no comparecen, los documentos extraviados, la habilidad o ineptitud del abogado que representa a una u otra de las partes y la capacidad económica o incapacidad de los litigantes para afrontar los gastos que deben hacer para obtener pruebas -incluso el empleo de peritos contadores o ingenieros- esenciales para su éxito en el pleito”¹⁵⁵.

¹⁵² Ídem., p. 47.

¹⁵³ Ídem., p. 56.

¹⁵⁴ Ídem., p. 27.

¹⁵⁵ Ídem., p. 48.

Como se ve, la preocupación de Frank son las que denomina “complejidades de las disputas fácticas”¹⁵⁶ ante los jueces de primera instancia o jurados, causadas por las razones apuntadas. De este modo, como nos recuerda Solar, hablando de Frank, queda claro que “gran parte de su obra se dedicó, de forma pionera, a estudiar el complejo proceso de formación de la premisa fáctica del razonamiento judicial con el objeto de desvelar los distintos factores de indeterminación presentes en el mismo. Surge así lo que Frank denominó el *fact skepticism*”¹⁵⁷. Esta idea, continúa Solar, como se vio “parte básicamente de la constatación de que, desde el punto de vista focal asumido por el realista -esto es, desde la perspectiva del abogado o su cliente inmerso en un procedimiento judicial-, y a todos los efectos prácticos, los hechos del caso resultan ser, no los hechos efectivamente acontecidos en un momento histórico pretérito, sino aquellos que, coincidiendo o no con tales acontecimientos históricos, son establecidos por el tribunal en el marco del proceso”¹⁵⁸.

Así, creo que una de las aportaciones más interesantes de la teoría de Frank es llamar nuestra atención sobre los problemas relacionados con la determinación de los hechos en el proceso judicial¹⁵⁹. Digo esto pues, como advierte González Lagier, es cierto que: “[l]os teóricos del Derecho han prestado mucha menor atención a los problemas de justificación de la premisa fáctica que a los problemas relacionados con la premisa normativa. Sin embargo, en [su] opinión las cuestiones de prueba son de enorme interés, tanto por sus implicaciones filosóficas como por la relevancia de la prueba en la tarea cotidiana de los juristas, por no mencionar su trascendencia moral”¹⁶⁰. Los problemas relacionados con la determinación de los hechos, sin embargo, no son la única aportación de la teoría de Frank. Además, el autor presta atención, por ejemplo, a la interpretación jurídica¹⁶¹.

¹⁵⁶ Ídem., p. 129.

¹⁵⁷ J.I. SOLAR CAYÓN, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., p. 105.

¹⁵⁸ Ídem., p. 208.

¹⁵⁹ F.J. CAMPOS ZAMORA, *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, cit., p. 207; J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 19; y J.I. SOLAR CAYÓN, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., pp. 19, 20, 212 y 213.

¹⁶⁰ D. GONZÁLEZ LAGIER, “Sobre el papel de los valores en la aplicación del Derecho: (A propósito de <Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho>, de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 41-84, en especial p. 61.

¹⁶¹ En contra, véase J. CUETO RÚA, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 21.

En *Words and Music: Some remarks on statutory interpretation*¹⁶², a partir de una comparación entre la interpretación artística y la interpretación jurídica, Frank defiende que en ocasiones la interpretación literal de la ley es correcta. En otros casos, sin embargo, continúa Frank, “tal modo de interpretar una ley conduciría a una caricatura grotesca de los propósitos legislativos”¹⁶³. Cuando quien no es abogado se molesta por la manera en que los jueces interpretan la ley comete el error de pensar que cada palabra tiene un significado. Este error es motivado por la creencia de que cada símbolo verbal se refiere a un tema específico. Se trata de un error, según Frank, porque: “[i]ncluso alrededor de las palabras más precisas hay a menudo una ancha orla de ambigüedad que sólo es posible disipar considerando el contexto y el trasfondo”¹⁶⁴. Siguiendo con la comparación entre la interpretación artística y la interpretación jurídica, Frank afirma que el legislador es como un “compositor”. Tiene que dejar que otro ejecute la ley. Lo que quiere decir, de acuerdo con Frank, que el legislador “tiene que dejar la interpretación a cargo de otros, principalmente [de] los tribunales”¹⁶⁵. Pues, así como “el compositor musical delega cierta actividad creadora subordinada en el intérprete musical, así, por fuerza, la legislatura delega cierta facultad legislativa subordinada (judicial) -vale decir, actividad creadora- en los tribunales”¹⁶⁶.

La amplitud de la interpretación judicial, sin embargo, depende de la naturaleza de la ley. Cuando se busca conocer la intención del legislador, los jueces deben eliminar sus puntos de vista políticos, ya que esa intención es el resultado de los intereses en conflicto en la legislatura. Otro problema se presenta cuando el legislador usa estándares amplios y vagos que deben ser aplicados por los jueces. Pero en todos estos casos, de acuerdo con Frank, debe quedar claro que el juez crea Derecho. Pues, para Frank, “la interpretación inevitablemente es una forma de legislar”¹⁶⁷. Sin que se pierda de vista, además que “cuando un tribunal aplica una norma jurídica -legislada o no- a los hechos del caso, el tribunal debe interpretar no sólo la norma sino también la prueba”¹⁶⁸. Frank reseña que los jueces tratan de ocultar este poder creador de Derecho. Esta situación, es

¹⁶² J. FRANK, “Palabras y música: Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes” (1947), trad. de R.J. Vernengo, en VV.AA., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Losada, Buenos Aires, 1951, pp. 173-209 (J. FRANK, “Words and Music: Some remarks on statutory interpretation”, *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947, pp. 1259-1278, Nueva York).

¹⁶³ Ídem., p. 179.

¹⁶⁴ Ídem., p. 180.

¹⁶⁵ Ídem., p. 181.

¹⁶⁶ Ídem., p. 192.

¹⁶⁷ Ídem., p. 189.

¹⁶⁸ Ídem., p. 194.

decir, “que los jueces son renuentes para admitir su propio papel creador no debe buscarse muy lejos. La teoría de nuestro gobierno democrático reside en que la legislatura (únicamente sujeta a limitaciones constitucionales) es expresión de la voluntad popular; la legislación es la voz del pueblo. Puesto que nuestra Constitución atribuye la función legislativa a las legislaturas, parecería que los tribunales estuvieran actuando fuera de sus facultades si legislaran abiertamente”¹⁶⁹. Pero, según Frank, es claro que los jueces tienen un poder creador de Derecho, así como discrecionalidad. En el caso de los hechos, conviene insistir en que, en opinión de Frank, “la mayoría de los pleitos son, por lo menos en parte, “pleitos sobre hechos” y las sentencias dependen del modo [en que] los tribunales de primera instancia ejercitan su “discrecionalidad en cuanto a los hechos””¹⁷⁰. Pero también en el caso de las normas, ya que, para Frank, “ninguna norma jurídica excluye totalmente la discrecionalidad”¹⁷¹.

Hasta aquí algunos aspectos del realismo americano. Como se vio, para Holmes, las sentencias de los jueces son el Derecho. Frank admite esta idea¹⁷². Afirma además que el juez tiene discreción y crea Derecho. Aunque como ya se dijo quizás su aportación más interesante es llamar nuestra atención sobre los problemas relacionados con la determinación de los hechos en el proceso judicial. Pues bien, me inclino a pensar que el realismo americano afirma la tesis de la indeterminación radical del Derecho. Digo esto porque, por lo menos en las teorías de Holmes y Frank, hay buenas razones para sostener que, de acuerdo con sus planteamientos, el Derecho no dice algo antes de la sentencia del juez. El juez siempre tiene discreción y crea Derecho. El realismo americano, sin embargo, como se sabe no es la única variedad del planteamiento sobre el Derecho conocido como realismo jurídico. Otra variedad es el realismo escandinavo.

¹⁶⁹ Ídem., p. 189.

¹⁷⁰ J. FRANK, “Derecho e incertidumbre” (1951), trad. de C.M. Bidegain, en *Id.*, *Derecho e incertidumbre*, cit., p. 84.

¹⁷¹ Ídem., p. 74.

¹⁷² J.I. SOLAR CAYÓN, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, cit., pp. 86 y 87.

2.1.2. Realismo escandinavo

En *Scandinavian Realism*¹⁷³, Hart reseña que las teorías del Derecho inglesa y escandinava han compartido durante mucho tiempo algunos puntos de vista. Entre ellos está la creencia en que el Derecho es algo hecho por el hombre, y hecho para el hombre. La hostilidad o indiferencia por las doctrinas del Derecho natural, por lo menos en su forma escolástica. Y un escepticismo sobre la capacidad de los sistemas filosóficos para arrojar luz sobre lo que es el Derecho o sobre lo que debe ser. A pesar de estas similitudes, continúa Hart, la principal tradición escandinava en Teoría del Derecho tiene un “tono” diferente respecto de su contraparte inglesa. Se trata, en opinión de Hart, del escepticismo y el método empírico, que es muy parecido a una especie de Filosofía.

La obra del fundador de esta tradición, A. Hägerström, de acuerdo con Hart, es un esfuerzo por mostrar que nociones comúnmente aceptadas como partes esenciales de la estructura del Derecho como derechos, deberes, transmisión de derechos y validez están en parte compuestos por creencias supersticiosas, “mitos”, “ficciones”, “magia”. Esta tradición continuada a través de la obra de los discípulos de Hägerström, como Lundstedt, Olivecrona y Ross, hizo contacto con el escepticismo frente a las reglas americano y la Filosofía del Lenguaje contemporánea. El producto más sofisticado del realismo escandinavo, según Hart, es el libro de Ross, *On Law and Justice*¹⁷⁴.

Ross coincide con Hart en que la teoría jurídica escandinava ha estado dominada por el método empírico¹⁷⁵, y está de acuerdo también en las similitudes apuntadas por Hart entre las teorías inglesa y escandinava. De hecho, en *Towards a realistic Jurisprudence*¹⁷⁶, Ross señala que: “[l]uego de la interrupción de seis años impuesta al intercambio intelectual de las naciones por la segunda guerra mundial, [ese] libro es un intento de restablecer el nexo existente entre el pensamiento iusfilosófico escandinavo y el americano [...] [Ross cree] que existen amplias posibilidades para establecer este contacto entre los puntos de vista escandinavos y angloamericanos en [F]ilosofía del

¹⁷³ H.L.A. HART, “Scandinavian Realism” (1959), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 161-169 (H.L.A. HART, “Scandinavian Realism”, is reprinted by permission of Cambridge University Press from *Cambridge Law Journal*, vol. 17 (1959), pp. 233-240).

¹⁷⁴ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit.

¹⁷⁵ A. ROSS, “Prefacio a la edición inglesa” (1958), a *Id.*, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 17.

¹⁷⁶ A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho...*, cit.

[D]erecho. En ambos medios culturales se puede advertir una decisiva tendencia hacia una concepción realista del fenómeno jurídico. [Ross se refiere] a una concepción que en principio y consistentemente considera el [D]erecho como un conjunto de hechos sociales -una cierta conducta humana y actitudes e ideas relacionadas con ellas- así como el estudio del [D]erecho como ramificación de la psicología social”¹⁷⁷.

Creo, sin embargo, que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de realismo escandinavo. Se ha dicho, por ejemplo, que: “[l]a inclusión de las realidades psicológicas constituía la aportación específica del realismo escandinavo”¹⁷⁸. O bien, se ha sostenido, por otro lado, que este planteamiento: “[p]uede ser definido como un enfoque que parte de una [F]ilosofía empirista y antimetafísica”¹⁷⁹. Hierro, por su parte, nos recuerda que: “[e]l grupo de autores que normalmente se encuadran en la <escuela> del realismo jurídico escandinavo incluye, a pesar de sus diferencias, a Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross. Junto a ellos hay que incluir, al menos, a Per Olof Ekelöf y Tore Strömberg. Muy cerca, desde su actividad filosófica, se encuentran Ingemar Hedenius y Anders Wedberg”¹⁸⁰.

Conviene insistir en que el iniciador del realismo escandinavo es Hägerström¹⁸¹. Los autores más representativos de este planteamiento, por otro lado, son Olivecrona y Ross. En lo que sigue me ocuparé de algunos aspectos de las teorías de estos últimos. No me detendré en las ideas del resto de los autores citados por Hierro. Dejaré de lado, por ejemplo, la teoría de Lundstedt¹⁸² pues, como afirma Hierro, “es poco claro y esta opinión está avalada por su más directo discípulo, Olivecrona. Es, sin duda, el menos influyente de los realistas escandinavos en cuanto a [F]ilosofía y [T]eoría general del [D]erecho se refiere”¹⁸³.

¹⁷⁷ A. ROSS, “Prefacio”, a *Id.*, *Hacia una ciencia realista del Derecho...*, cit., pp. 11-13, en especial p. 11.

¹⁷⁸ J. ESQUIVEL PÉREZ, *Kelsen y Ross...*, cit., p. 27.

¹⁷⁹ H.G. BOUVIER, *Lenguaje y Teoría del Derecho...*, cit., p. 28.

¹⁸⁰ L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, cit., p. 88.

¹⁸¹ F.J. CAMPOS ZAMORA, *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, cit., p. 209; L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, cit., pp. 70-85; K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho...*, cit., p. 166; *Id.*, *Lenguaje jurídico y realidad*, cit., pp. 20-26; y A.E. PÉREZ LUÑO et al, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 97.

¹⁸² F.J. CAMPOS ZAMORA, *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, cit., p. 210; L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, cit., pp. 89-91 y 316-322; K. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, cit., pp. 26 y 27; y A.E. PÉREZ LUÑO et al, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 97.

¹⁸³ L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, cit., p. 316.

No es mi propósito, por otro lado, mostrar la teoría completa de Olivecrona¹⁸⁴. Sólo me interesa advertir, por ejemplo, que en *Law as Fact*¹⁸⁵, Olivecrona defiende que el Derecho es “un fenómeno social fáctico”¹⁸⁶. No hay, continúa Olivecrona, un Derecho positivo como lo sostiene el positivismo jurídico. Las normas jurídicas no son expresión de una voluntad. Se trata, en cambio, de un conjunto de normas que cambia con el tiempo. Así, de acuerdo con Olivecrona: “[l]a eficacia de las normas a la hora de regular conductas humanas no depende de que sean impuestas por personas con voluntades poderosas. Su eficacia ha de explicarse a partir de factores psicológicos, que hacen que los individuos respondan a normas establecidas de cierta manera, entre las cuales, en la época moderna, la legislación es la más llamativa, legislación que ha de llevarse a cabo de la forma prevista por la Constitución”¹⁸⁷. Este no es, para Olivecrona, un Derecho positivo. De hecho, en sus palabras: “[e]l adjetivo *positivo* es completamente superfluo; y podría ser desorientador, porque está relacionado con la idea de que el Derecho es “puesto” en el sentido de ser la expresión de la voluntad de un legislador”¹⁸⁸.

El iusnaturalismo, según Olivecrona, también está basado en el voluntarismo. De este modo, no es posible asumir una posición positivista o iusnaturalista. El objeto de la teoría de Olivecrona, en cambio, será “elaborar una concepción de la naturaleza del Derecho realista y no voluntarista”¹⁸⁹. Lo que quiere decir, por ejemplo, investigar la naturaleza fáctica de las normas, pero no sólo de las promulgadas de acuerdo con la Constitución, sino también de las contenidas en los precedentes judiciales. Para Olivecrona, en efecto, los jueces tienen discreción y crean Derecho. De hecho, en sus palabras, “las decisiones de los tribunales añaden algún suplemento a la ley, suplemento seguido en el futuro tan escrupulosamente como la misma letra de la ley. En aquellas áreas no reguladas por la ley, los tribunales llegan a una decisión basándose en ideas de Derecho natural, supuestas costumbres, comodidad, conveniencias del momento u otras

¹⁸⁴ F.J. CAMPOS ZAMORA, *Nociones fundamentales del realismo jurídico*, cit., p. 211; L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, cit., p. 91; K. OLIVECRONA, “Apéndice I: El concepto de derecho subjetivo según Grocio y Pufendorf”, en *Id.*, *El Derecho como hecho...*, cit., pp. 261-279; *Id.*, “Apéndice II: La unidad monetaria”, en *Id.*, *El Derecho como hecho...*, cit., pp. 281-287 (K. OLIVECRONA, “Apéndice II: La unidad monetaria”, es un resumen de la exposición hecha en *The Problem of the Monetary Unit*, Nueva York, Macmillan, 1957, y Estocolmo, Almqvist and Wiksell); *Id.*, *El Derecho como hecho...*, cit.; *Id.*, “En busca de un punto de partida”, en *Id.*, *El Derecho como hecho...*, cit., pp. 9-13; e *Id.*, *Lenguaje jurídico y realidad*, cit.

¹⁸⁵ K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho...*, cit.

¹⁸⁶ *Ídem.*, p. 32.

¹⁸⁷ *Ídem.*, p. 257.

¹⁸⁸ *Ídem.*, p. 78.

¹⁸⁹ *Ídem.*, p. 86.

razones [...] La práctica de los tribunales constituye sólo una serie de decisiones, y sobre ellas se construyen normas, al prevalecer la idea de que debe seguirse el precedente”¹⁹⁰. De esta manera, según Olivecrona, en casos particulares el juez actúa como legislador. Esto es así, pues siempre habrá un margen para decidir, aún en el supuesto de normas legisladas.

Hasta aquí algunos aspectos de la teoría de Olivecrona, que como decía no es el único representante del realismo escandinavo. En lo que sigue me ocuparé de la teoría de otro autor que se ubica en esta línea de pensamiento. Me refiero a A. Ross. De hecho, quizás lo primero que convenga advertir es que existe cierto consenso¹⁹¹ sobre la idea de que Ross es el principal representante del realismo escandinavo. En relación con su obra *On Law and Justice*¹⁹², por ejemplo, Hart, en *Scandinavian Realism*¹⁹³, dice que en muchas formas es un libro interesante y, en ciertos puntos, brillante. Para Hart, Ross es el mejor autor de este movimiento teórico, por encima de Hägerström, Lundstedt y Olivecrona. Ross, continúa Hart, escribe de forma clara, interesante y en ocasiones con un estilo “atrevido”. La inspiración general del libro es una “feroz” indignación en contra de las confusiones metafísicas y los conceptos pseudo-racionales que afectan al Derecho, así como en contra de las teorías concernientes a las reglas morales o de justicia usadas para criticar o evaluar el Derecho. Así, de acuerdo con Hart, Ross es hostil a la tradición del iusnaturalismo, y del formalismo de positivistas como Kelsen. En contra de aquellos, para Ross, el principio guía del Derecho es, incluso, para criticarlo debe ser su interpretación en términos de hechos sociales. Los métodos de la “ciencia empírica moderna” deben ser usados y el pensamiento legal debe ser explicado en términos de la misma lógica en que otras ciencias empíricas están basadas. Pues bien, como decía en lo que sigue me ocuparé de algunos aspectos de la teoría de Ross.

El planteamiento de Ross, en sus palabras, es un “análisis realista del [D]erecho positivo”¹⁹⁴. A Ross, de acuerdo con Aarnio, lo que “le interesaba como realista era la

¹⁹⁰ Ídem., p. 106.

¹⁹¹ A. AARNIO, “Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo: Reinterpretando a A. Ross”, trad. de F. Morales Luna, *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 453-469, en especial p. 454; J. ESQUIVEL PÉREZ, “Prefacio”, a *Id.*, *Kelsen y Ross...*, cit., pp. 9 y 10, en especial p. 9; E. GARCÍA MÁYNEZ, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, cit., p. 65; y J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. XI.

¹⁹² A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit.

¹⁹³ H.L.A. HART, *Scandinavian Realism*, cit., p. 161.

¹⁹⁴ A. ROSS, “Prefacio a la edición castellana” (1962), a *Id.*, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 15 y 16, en especial p. 15.

naturaleza de la ciencia del Derecho. Para ser considerada como parte de la ciencia, sus proposiciones debían (al menos en principio) ser verdaderas o falsas del mismo modo que lo son las de la ciencia en general”¹⁹⁵. Como se sabe, el propósito de Ross en *On Law and Justice*¹⁹⁶, en sus palabras, “es desarrollar los principios empiristas, en el campo del [D]erecho, hasta sus conclusiones últimas. De esta idea surge la exigencia metodológica de que el estudio del [D]erecho siga los tradicionales patrones de observación y verificación que inspiran a toda la ciencia empírica moderna. De ella surge también la exigencia analítica de que las nociones jurídicas fundamentales sean interpretadas exclusivamente como concepciones sobre la realidad social, sobre la conducta del hombre en sociedad”¹⁹⁷. La Ciencia del Derecho, para Ross, no es otra cosa más que una doctrina en relación con el hombre. No se trata de un sistema de proposiciones. La Ciencia del Derecho, según Ross, entiende al hombre “como centro de reacción en un cierto sistema de relaciones sociales”¹⁹⁸, que tiene por objeto el “Derecho vigente”¹⁹⁹.

Como se acaba de apuntar, para Ross, aplicar los principios empiristas al Derecho quiere decir entre otras cosas interpretar las nociones jurídicas como concepciones sobre la realidad social. Así, por ejemplo, recuérdese que según Ross las normas jurídicas son “directivas”²⁰⁰, que “se encuentra[n] en una relación de correspondencia con los hechos sociales”²⁰¹. Afirmar que una norma es una directiva, continúa Ross, quiere decir que: “[e]l contenido lógico de una norma jurídica es una proposición de *deber ser* o, como [prefiere] decir, una *directiva*. Una directiva no es verdadera ni falsa; no pretende enunciar ni afirmar nada. Su función consiste directamente en influir la conducta humana. Como ejemplo podemos tomar una norma jurídica que dice que si un hombre ha cometido un homicidio debe ser castigado de determinada manera. Ésta es una directiva para el comportamiento del juez”²⁰². Para Ross, las normas jurídicas están relacionadas con los

¹⁹⁵ A. AARNIO, *Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo...*, cit., p. 454.

¹⁹⁶ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit.

¹⁹⁷ A. ROSS, “Prefacio a la edición inglesa” (1958), a *Id.*, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 17. Al respecto, véase S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (1998), McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 39.

¹⁹⁸ A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho...*, cit., p. 120.

¹⁹⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., pp. XVII y XXXIII.

²⁰⁰ *Idem.*, p. LXXIV.

²⁰¹ A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. 107.

²⁰² A. ROSS, “Nota al libro de Kelsen: ¿Qué es la justicia?” (1957), trad. de G.R. Carrió, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., pp. 35-46, en especial pp. 40 y 41 (A. ROSS, “Kelsen, Hans. *What is Justice?*”, *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays, 1957).

hechos sociales, porque para su establecimiento es necesario que la norma sea seguida de una forma externa, es decir, observable, pero también con conciencia de seguirla y de la obligación de hacerlo. De este modo, Ross define, en fin, “la norma como [una directiva] que corresponde a ciertos hechos sociales de tal manera que la forma de conducta expresada en la norma, (1) es seguida en general por los miembros de la comunidad y (2) es sentida por ellos como obligatoria (válida)”²⁰³.

A la idea de validez en la teoría de Ross me referiré en seguida. Aquí creo que conviene avanzar que, según Ross, por su contenido las normas jurídicas pueden ser normas de conducta o bien, normas de competencia. Las primeras, es decir, las normas de conducta “prescriben una cierta línea de acción”²⁰⁴. Las segundas, esto es, las normas de competencia, como su nombre lo indica, “crean una competencia (poder, autoridad). Ellas son directivas que disponen que las normas que se creen de conformidad con un modo establecido de procedimiento serán consideradas normas de conducta”²⁰⁵. Dicho de otra forma, Ross defiende que: “[e]s una característica fundamental de un orden jurídico el que la mayoría de las reglas que lo constituyen sean establecidas mediante un acto de creación o sanción (*enactment*), es decir, mediante una decisión humana, conforme a otras reglas jurídicas, llamadas *reglas de competencia*. Una regla de competencia prescribe las condiciones (necesarias y suficientes) con las cuales un acto de creación es válido, es decir, tiene fuerza de ley”²⁰⁶.

De este modo, continúa Ross, el Derecho tiene dos notas²⁰⁷. En efecto, en sus palabras: “[e]n primer lugar, el [D]erecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza [...] En segundo lugar, el [D]erecho consiste no sólo en normas de conducta, sino también en normas de competencia. Estas últimas establecen un conjunto de autoridades públicas para aprobar normas de conducta y ejercer la fuerza de conformidad con ellas. El [D]erecho tiene, por ello, lo que puede denominarse carácter institucional”²⁰⁸. O, lo que es lo mismo, según Ross: “[q]ue el orden legal es institucional significa que entre las reglas legales hay algunas que se encuentran especialmente en el

²⁰³ A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. 120.

²⁰⁴ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 58.

²⁰⁵ Ídem., pp. 58 y 59.

²⁰⁶ A. ROSS, “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho constitucional” (1967), trad. de E. Bulgin y E. Garzón Valdés, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., p. 49.

²⁰⁷ J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. XCI.

²⁰⁸ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 87.

[D]erecho constitucional, que crean instituciones, esto es, agencias con el poder de crear y aplicar el [D]erecho”²⁰⁹. En fin, para Ross, “el [D]erecho es un orden social e institucional”²¹⁰, que en el caso de los sistemas jurídicos nacionales se caracteriza “por fundarse en el monopolio de la fuerza”²¹¹.

En todo caso, sin embargo, siguiendo con la idea de las normas, Ross insiste en que el Derecho proporciona normas jurídicas “para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares”²¹². Dicho de otra forma, para Ross, “las normas jurídicas deben ser interpretadas como directivas a los jueces”²¹³. Aunque en *Directives and Norms*²¹⁴, Ross precisa que, en realidad: “[l]as reglas jurídicas se dirigen a aquellos que tienen autoridad, a los órganos del Estado, y la fuente de su efectividad es la lealtad de dichos órganos a la Constitución y a las instituciones derivadas de ésta, junto con las sanciones no violentas de desaprobación y crítica que esta actitud implica”²¹⁵.

Como decía, para Ross, las normas jurídicas son directivas que corresponden a hechos sociales, pues son seguidas por la comunidad porque las siente como obligatorias. Pues bien, en relación con el concepto de validez en la teoría de Ross, lo primero que conviene recordar es que él objeta la idea una validez *a priori*. Niega además que la validez sea una cuestión de todo o nada. Esto es así, según Ross, porque “la afirmación de que una regla rige es altamente relativa. Una regla puede ser [D]erecho vigente en un grado mayor o menor, que varía con el grado de probabilidad con el que podemos predecir que ella será aplicada”²¹⁶.

El término validez, de acuerdo con Ross en *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*²¹⁷, ha sido usado con varios significados. Se dice, por ejemplo, que un acto como un contrato o un testamento tiene efectos jurídicos. Esta

²⁰⁹ A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. 66.

²¹⁰ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 346.

²¹¹ A. ROSS, “Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado” en Derecho constitucional” (1961), trad. de E.A. Vázquez, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., pp. 85-106, en especial p. 94 (A. ROSS, *On the concepts “state” and “state organs” in Constitutional Law*, Almqvist and Wiksell, Estocolmo, 1961).

²¹² A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 61.

²¹³ Ídem., p. 197.

²¹⁴ A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit.

²¹⁵ Ídem., p. 117.

²¹⁶ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 72.

²¹⁷ A. ROSS, “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural” (1961), trad. de G.R. Carrió y O. Paschero, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, cit., pp. 9-32, en especial pp. 25 y 26 (A. ROSS, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. 4, 1961, pp. 46-93).

función del término validez es “interna”. Decir que un acto es válido es afirmar algo según un sistema jurídico. En Teoría del Derecho, el término validez ha sido utilizado para expresar la existencia de una norma o de un sistema jurídico. Aquí, en cambio, la función es “externa”. Porque decir que una norma o sistema existe es decir algo acerca de esa norma o sistema. Finalmente, en ética y en el Derecho natural, validez quiere decir una cualidad *a priori* moral. Esta se conoce como la “fuerza obligatoria” del Derecho, y tiene como consecuencia una obligación moral.

Para Ross, el término validez tiene que ver con “ciertas vivencias emocionales”²¹⁸. Así, el Derecho, según Ross, es “vivido como *obligatorio* o *válido*”²¹⁹. No se trata de una validez individual. En cambio, está relacionada con instituciones. Si para Ross, como ya se dijo, las normas jurídicas están relacionadas con hechos sociales, que son seguidas de una forma observable porque son sentidas o vividas como obligatorias, creo que es posible decir que en la teoría de Ross validez tiene uno de los significados mostrados en el capítulo anterior. Lo que quiero decir es que para Ross validez es existencia fáctica o eficacia²²⁰.

De acuerdo con Ross, por otro lado, que el Derecho sea positivo o que esté en vigor significa varias cosas. En primer lugar, quiere decir que el Derecho nació como un hecho, que fue establecido históricamente sin tener en cuenta, por ejemplo, la justicia de normas que pudieran derivarse de otras consideradas válidas por sí mismas. Y, en segundo lugar, significa que el Derecho es un sistema de normas que de forma general son observadas. De este modo, como decía, para Ross, “la positividad del [D]erecho significa lo mismo que su efectividad”²²¹. Si las normas jurídicas para Ross, como ya se señaló, son directivas para los jueces, considero que tiene razón Aarnio cuando dice que, en la teoría de Ross: “[l]a validez sólo es el resultado de la actividad de los jueces”²²².

²¹⁸ A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho...*, cit., pp. 16 y 17.

²¹⁹ Ídem., p. 128.

²²⁰ J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., pp. XXVII y CIV; y J.A. RAMOS PASCUA, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo* (1988), Tecnos, Madrid, 1989, p. 71.

²²¹ A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho...*, cit., pp. 25 y 26.

²²² A. AARNIO, *Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo...*, cit., p. 458.

Hasta aquí algunos aspectos del concepto de validez en la teoría de Ross. Hart, en *Scandinavian Realism*²²³, dice que la parte más interesante de *On Law and Justice*²²⁴ es el tratamiento de este concepto en los primeros capítulos. E igualmente interesante es cómo aquel tratamiento deja clara la peculiar insistencia dogmática de la escuela escandinava. Si un enunciado no puede ser analizado como un enunciado de hecho o expresión de un sentimiento, debe ser metafísico. Para Ross, continúa Hart, la validez jurídica es una noción “peligrosa”, a menos que se trate con cuidado usando la “metodología empirista”, que sólo admite entre las nociones jurídicas hechos empíricamente verificables.

Desde el punto de vista de Ross, según Hart, el análisis de esta noción, es decir, la validez y, en realidad, de muchas otras nociones jurídicas, debe tomar una de dos formas. Debe referirse a un futuro comportamiento y sentimientos de la gente (sobre todo jueces), o debe referirse a alguna “misteriosa” e “invisible” cualidad, que algunas normas tienen y otras no. Así, nuestra elección será entre tomar “X es una norma válida del Derecho inglés”, como una predicción del comportamiento judicial o bien, como algo metafísico. Por ello, continúa Hart, Ross rechaza la insistencia de Kelsen en que el pensamiento legal debe ser interpretado en términos no de hechos o proposiciones de ser, sino en proposiciones de deber ser. Esto, para Ross, debe ser rechazado porque es una construcción metafísica, que lleva al Derecho por encima del mundo de los hechos.

Ross, reseña Hart, inicia su análisis sobre la validez jurídica con la consideración del simple caso de las reglas del ajedrez que, piensa Ross, se aplica a las normas del Derecho. Así, para Ross, las normas jurídicas son esencialmente directivas a los jueces para aplicar sanciones bajo ciertas condiciones. Decir que una norma jurídica es válida es decir que (1) los jueces bajo ciertas condiciones aplicarán esta norma jurídica o, por lo menos, que será especialmente importante en la búsqueda de sus decisiones, y (2) ellos harán esto porque tienen una experiencia emocional de “sentirse obligados” por las normas jurídicas. El Derecho válido es una hipótesis verificable acerca del comportamiento judicial futuro, así como del sentimiento especial que lo motiva.

Este análisis de Ross, de acuerdo con Hart, no es muy diferente de las teorías del realismo americano, que tratan a los enunciados de derechos subjetivos o deberes como

²²³ H.L.A. HART, “Scandinavian Realism” (1959), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 164 y 165.

²²⁴ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit.

predicciones de la actuación oficial. Aarnio coincide con Hart en la identificación entre el realismo americano y la teoría de Ross. Para Aarnio, en efecto: “[t]al como el realismo americano (el instrumentalismo pragmático), Ross consideró que sólo el Derecho aplicado por funcionarios está <vivo> o es válido. Así, las decisiones de los tribunales, como equivalentes de las normas, deben ser consideradas como los fenómenos jurídicos y, por consiguiente, la validez de las normas jurídicas -así como su existencia- debe ser buscada únicamente en la aplicación judicial del Derecho y no en el Derecho en acción entre los individuos privados”²²⁵. Como el realismo americano, continúa Hart, el análisis predictivo de Ross sobre la validez jurídica está abierto a algunas objeciones que, sin embargo, según Hart, Ross nunca enfrentó. No me voy a detener en la crítica de Hart sobre el concepto de validez de Ross. Me interesa, en cambio, continuar mostrando algunos aspectos de la teoría de Ross. Me refiero, por ejemplo, a su concepto de Derecho vigente.

El Derecho, para Ross, comprende fenómenos jurídicos y normas jurídicas. Si se ve el funcionamiento del Derecho en la sociedad, continúa Ross, queda claro que cierto número de acciones humanas son interpretadas con un significado y motivación a través de normas jurídicas. La hipótesis de Ross, en sus palabras, es que el “<[D]erecho vigente> significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del [D]erecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias”²²⁶, por los jueces y otras autoridades al aplicar el Derecho.

El Derecho vigente, por otro lado, según Ross, se refiere a la efectividad de las normas jurídicas en la medida en que constituyen un hecho social. Las normas jurídicas son un esquema de interpretación para actos sociales. Se trata del Derecho en acción. De este modo, continúa Ross, es posible “comprender esos actos como un todo coherente de significado y motivación y predecirlos dentro de ciertos límites. Esta actitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias”²²⁷.

²²⁵ A. AARNIO, *Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo...*, cit., p. 457.

²²⁶ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., pp. 40 y 41.

²²⁷ Ídem., p. 55.

Como se acaba de decir, para Ross, el Derecho está compuesto por fenómenos jurídicos y normas jurídicas. Estos fenómenos, dice Ross, no son otra cosa más que las acciones humanas que son reguladas por normas jurídicas, que indican las condiciones en las que debe ejercerse la fuerza pública. O, continúa Ross, dicho de otra forma, las “normas [...] regulan el ejercicio de la fuerza por los tribunales. Se sigue de aquí que los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales. Es aquí donde tenemos que buscar la efectividad en que consiste la vigencia del [D]erecho [...] De acuerdo con esto, un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. El <test> de la vigencia es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación, podamos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, seamos capaces de predecir esas decisiones”²²⁸.

La vigencia, de acuerdo con Ross, es una cualidad del sistema jurídico. El test de la vigencia quiere decir entonces que el sistema como un todo, empleado como un esquema de interpretación, nos permite comprender la actuación de los jueces, así como el hecho de que ellos actúan con tal calidad. Sin embargo, advierte Ross: “[l]a cambiante conducta del juez sólo puede ser comprendida y predicha mediante una interpretación ideológica, esto es, mediante la hipótesis de una cierta ideología que anima al juez y motiva su acción”²²⁹. Así, conviene insistir en que, en la teoría de Ross, como nos recuerda Aarnio: “[l]as reglas son seguidas porque son vividas como obligatorias. En el caso del juez, el aspecto interno significa un compromiso con una ideología normativa relevante que constituye la base y estructura de la aplicación”²³⁰ del Derecho.

Recuérdese que en este apartado estoy mostrando algunas teorías que ofrecen una respuesta al problema de la interpretación jurídica. Creo que Ross admite, como dicho sea de paso señalé en el apartado anterior, que la interpretación jurídica es la atribución de significado a textos jurídicos. Digo esto porque Ross defiende que: “[l]a actividad que

²²⁸ Ídem., p. 60.

²²⁹ Ídem., p. 63.

²³⁰ A. AARNIO, *Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo...*, cit., p. 460.

se dirige a exponer el significado de una expresión se llama *interpretación*. Esta palabra se usa también para designar el resultado de tal actividad”²³¹. Para Ross, en el caso del Derecho legislado, la interpretación comienza con un texto, es decir, a partir de una “fórmula lingüística escrita”. La interpretación, según Ross, puede ser de dos tipos. Se trata de la interpretación por significado, y de la interpretación por referencia. Ross explica que, en efecto: “[l]a interpretación puede asumir dos formas. Puede ser hecha de manera tal que el significado de una expresión sea definido más claramente por medio de una descripción formulada en palabras o expresiones diferentes cuyo significado sea menos vago. O bien puede ser hecha de manera tal que frente a un conjunto de hechos concretos experimentados en forma definida sea posible decir con un <sí>, un <no> o un <quizá>, si el conjunto de hechos constituye o no una referencia que corresponde a la expresión”²³².

Ross, por otra parte, reseña que es posible distinguir entre una interpretación subjetiva y una interpretación objetiva. La primera, es decir, la interpretación subjetiva busca el significado que expresó el autor del texto. La segunda, esto es, la interpretación objetiva establece el significado del texto como un hecho objetivo. Ross habla, por otro lado, de la interpretación literal. Dice que es una “ilusión”, porque de acuerdo con él, la interpretación depende de factores que tienen que ver con la “idea”, el “propósito” o bien, con la “intención” del texto. Además, dice Ross, en la interpretación literal se presentan ciertos problemas. Ross se refiere a los problemas sintácticos, lógicos y semánticos en sentido restringido.

Los problemas sintácticos de interpretación se refieren a la relación entre las palabras en la estructura de una frase. La importancia de estos problemas es que el significado de la frase deriva del orden de las palabras, así como de la forma en que están relacionadas. Los problemas lógicos, por su parte, tienen que ver con las relaciones entre las expresiones en un contexto determinado. Se trata de la inconsistencia, la redundancia y las presuposiciones. Estos problemas se denominan lógicos porque son determinados a través de un “análisis lógico de la ley”. No, en cambio, porque puedan ser resueltos a través de la lógica ni mediante una interpretación mecánica. Dos normas son

²³¹ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 152. En este sentido, véase J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. LXXII.

²³² A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 152.

inconsistentes cuando a las mismas condiciones fácticas se imputan efectos jurídicos incompatibles. Hay redundancia, en cambio, cuando una norma imputa a ciertas condiciones fácticas un efecto jurídico que otra norma establece. Lo mismo ocurre cuando una norma hace presuposiciones que son incorrectas o defectuosas. Los problemas semánticos en sentido restringido, finalmente, se refieren a la vaguedad y ambigüedad de las palabras o frases.

En el apartado anterior mostré el debate entre quienes afirman que si el texto es claro no requiere interpretación, y aquellos que, por el contrario, sostienen que la interpretación siempre es necesaria. Pues bien, me inclino a pensar que Ross se ubica en este último extremo. Es decir, considero que Ross defiende un concepto amplio de interpretación jurídica. Esto es así, pues en opinión de Ross: “[e]s erróneo [...] creer que un texto puede ser tan claro que es imposible que suscite dudas en cuanto a su interpretación [...] [Pues, continúa Ross] tal claridad sólo es alcanzable -siempre que haya un cierto mínimo de sentido común- respecto de la interpretación sintáctica, no respecto de la interpretación semántica en sentido restringido. En cuanto pasamos del mundo de las palabras al mundo de las cosas, encontramos una incertidumbre fundamentalmente insuperable aun cuando en situaciones típicas la aplicación del texto no ofrezca ninguna duda”²³³. Para Ross, la interpretación siempre es necesaria por la vaguedad y ambigüedad de las palabras en las que se expresan las normas jurídicas.

A partir de la interpretación jurídica, dice Ross, se formulan “enunciados interpretativos”. Estos, continúa Ross, como decía “están dirigidos a determinar el significado de la directiva, indicando más específicamente bajo qué circunstancias ha de ser aplicada, y en tal caso cómo ha de conducirse el juez”²³⁴. De acuerdo con Ross, es necesario analizar la actuación de los jueces para determinar las reglas que los guían en el paso de una norma general a una decisión particular. Se trata del método jurídico o, en el caso del Derecho legislado, de la interpretación. Debe quedar claro, continúa Ross, que “una doctrina del método que se proponga servir como guía de la interpretación, tiene que referirse a la manera como se comportan de hecho los tribunales en la aplicación del [D]erecho vigente a situaciones específicas. La doctrina del método debe ser descriptiva, no normativa”²³⁵.

²³³ Ídem., p. 171.

²³⁴ Ídem., p. 143.

²³⁵ Ídem., p. 145.

De acuerdo con la teoría de Ross, por otro lado, el juez siempre tiene discreción y crea Derecho. Efectivamente, Ross comienza por decir que “la práctica de los tribunales crea [D]erecho”²³⁶. Además, continúa Ross, “cualquiera que tenga algún conocimiento real del funcionamiento de los tribunales, especialmente los jueces mismos, sabe que los tribunales [participan] en la modificación de la ley”²³⁷. Ross explica que, en efecto, “el [D]erecho no es creado únicamente por el legislador [...] [Para Ross] toda administración de justicia contiene un punto de decisión que va más allá de la actividad intelectual. La decisión judicial, sin embargo, es menos libre que la decisión legislativa. La autoridad que administra el [D]erecho, en particular, el juez, se siente obligada por las palabras de la ley y las otras fuentes del [D]erecho. Sin embargo, éstas siempre dejan cabida a la interpretación, y la norma jurídica concreta en la que se traduce la decisión, es siempre creación, en el sentido de que no es una mera derivación lógica de reglas dadas”²³⁸. Así, queda claro que “Alf Ross rechaza la teoría de la mera aplicación judicial lógico-deductiva de las normas jurídicas, mediante silogismos [...] [Para Ross, la] decisión judicial tiene un amplio margen de discrecionalidad que no puede ser ocultado por la presentación del proceso decisorio como una deducción meramente lógica. Ese margen de discrecionalidad exige al operador la realización de un acto constitutivo y creador del Derecho nuevo. La teoría realista de Ross ratifica el importante margen de discrecionalidad de los jueces en los casos difíciles y la imposibilidad de aplicar mecánicamente el Derecho”²³⁹.

En fin, me inclino a pensar que Ross afirma la tesis de la indeterminación radical del Derecho, porque creo que hay buenas razones para sostener que conforme a su teoría el Derecho no dice algo antes de la sentencia del juez. Aunque como se vio Ross defiende también el realismo psicológico. De hecho, se ha sostenido que “la originalidad de la teoría de Ross consiste en llevar a cabo una síntesis del realismo psicológico y del realismo conductista. La consistencia material y la predictibilidad de la conducta verbal de los órganos jurídicos, constituyen el aspecto conductista de la teoría, pero como no es posible predecir la conducta de tales órganos mediante la pura observación de la misma, es necesario recurrir a la hipótesis de que la vida espiritual (mental) de los órganos

²³⁶ Ídem., p. 47.

²³⁷ A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. 43.

²³⁸ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia*, cit., p. 405.

²³⁹ J.L. MONEREO PÉREZ, “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas*, cit., p. XIX.

jurídicos se halla motivada por el conjunto de directivas abstractas que, en opinión de Ross, pueden describirse como “ideología normativa”²⁴⁰. Como se acaba de decir, considero que Ross admite la tesis de la discrecionalidad judicial, así como el poder de creación de Derecho por parte del juez. Pues bien, tengo la impresión de que esta postura es compartida por otra línea de pensamiento. Me refiero al realismo genovés, que dicho sea de paso es el objeto de las siguientes líneas.

2.1.3. Realismo genovés

En los párrafos que anteceden mostré algunas variedades del realismo jurídico. Me referí al realismo americano y al realismo escandinavo. Coincido, sin embargo, con Bouvier cuando dice que: “[e]l realismo jurídico es una concepción con múltiples variantes que suele ser dividida de acuerdo a coordenadas espaciales. Así puede hablarse de realismo norteamericano, escandinavo y también genovés, dado que a partir de la escuela fundada por Giovanni Tarello, existe una corriente importante que defiende una tesis bien definida acerca de la interpretación jurídica”²⁴¹. Como se acaba de decir, en lo que sigue me ocuparé del realismo genovés. La tesis a la que se refiere Bouvier no es otra más que la afirmación de que antes de la interpretación no es posible hablar de normas jurídicas.

En efecto, una de las tesis distintivas del realismo genovés, continúa Bouvier, es que: “[s]egún esta concepción, que el texto sea el producto de una actividad humana, realizada por un sujeto autorizado por otra norma para producir tal *texto*, no hace a este último, todavía, una norma jurídica en sentido estricto. Para que exista una norma jurídica en sentido estricto hace falta que los textos o manchas sobre el papel que se siguen de tales acciones sean *interpretados*”²⁴². Esta, desde luego, no es la única afirmación del realismo genovés. Como nos recuerdan J. Ferrer y G.B. Ratti, en efecto: “[e]n el ámbito de la [T]eoría del [D]erecho, ese grupo, conocido por muchos como *Escuela genovesa*, se ha caracterizado por la defensa de tesis propias del realismo jurídico: *a)* el escepticismo interpretativo, *b)* el carácter sistemático del [D]erecho como variable dependiente de la

²⁴⁰ J. ESQUIVEL PÉREZ, *Kelsen y Ross...*, cit., p. 89.

²⁴¹ H.G. BOUVIER, *Lenguaje y Teoría del Derecho...*, cit., p. 27.

²⁴² Ídem., p. 37.

labor de la doctrina, c) el no-cognoscitivismo ético y, como corolario de éste, la separación metodológica entre [D]erecho y moral”²⁴³.

Como veremos, el realismo genovés afirma la tesis de la indeterminación radical del Derecho. No sabemos qué cuenta como Derecho sino hasta después de la interpretación. Como ya se dijo, por otro lado, existe cierto consenso sobre la idea de que el iniciador de este planteamiento es G. Tarello²⁴⁴. Otros autores que se inscriben en esta línea de pensamiento son, por ejemplo, M. Barberis²⁴⁵ y P. Comanducci²⁴⁶. No estimo necesario, sin embargo, detenerme en sus teorías ni en otros planteamientos sostenidos en el contexto del realismo genovés²⁴⁷. Me interesa, en cambio, mostrar algunos aspectos de una de las teorías más interesantes formuladas en este contexto. Me refiero a la propuesta de R. Guastini.

Guastini dice que la interpretación puede ser entendida como una actividad o bien, como su resultado²⁴⁸. Reseña que algunos autores sostienen que si el texto es claro no requiere interpretación²⁴⁹, y otros que, en cambio, afirman que la interpretación siempre es necesaria. Se trata, desde luego, de los conceptos restringido y amplio de la

²⁴³ J. FERRER y G.B. RATTI, “Introducción”, a VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 11-14, en especial pp. 12 y 13.

²⁴⁴ G. TARELLO, “La semántica del néustico: Observaciones sobre la <parte descriptiva> de los enunciados prescriptivos” (1974), trad. de P. Luque Sánchez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 15-39.

²⁴⁵ M. BARBERIS, “Un poco de realismo sobre el realismo <genovés>”, trad. de E. Cuautle Rodríguez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 201-215. Para una crítica, véase L.L. HIERRO, “Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 217-236.

²⁴⁶ En relación con su comprensión de la Teoría del Derecho, véase P. COMANDUCCI, “Presentación”, a *Id.*, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 7-18, en especial p. 9. Al respecto de su postura sobre la interpretación jurídica, véanse P. COMANDUCCI, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho* (2006), Fontamara, México, 2007, pp. 93-108, en especial p. 102; *Id.*, “La interpretación jurídica”, s.t., en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 51-70; *Id.*, “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho*, cit., pp. 37-72, en especial p. 56; e *Id.*, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 32, 33, 95 y 100. Para una crítica, véase M. ATIENZA, “Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 71-79.

²⁴⁷ P. CHIASSONI, “Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral: Con una premisa sobre la Grunfphilosophie” (2008), trad. de P. Luque Sánchez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 147-185; E. GARZÓN VALDÉS, “Breves consideraciones críticas a las críticas del objetivismo moral de Pierluigi Chiassoni”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 187-200; J.J. MORESO MATEOS, “Significado, interpretación y proposiciones normativas: Apuntes para un debate”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 41-50; y J.L. RODRÍGUEZ, “Algunas dificultades de la reconstrucción de la dinámica jurídica”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 117-146.

²⁴⁸ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar* (s.a.), trad. de S. Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 31; e *Id.*, “Reencuentro con la interpretación”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 201-210, en especial pp. 202 y 203.

²⁴⁹ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 338.

interpretación vistos en el apartado anterior. Guastini apunta que se han formulado algunos criterios de interpretación²⁵⁰, y defendido ciertos tipos de interpretación²⁵¹. Guastini explica, por otro lado, que es posible distinguir entre dos sentidos del término interpretación. Esta puede ser entendida como un acto de voluntad, que consiste en la atribución de significado a un texto. O bien, la interpretación es un acto de conocimiento, que se traduce en el descubrimiento o descripción del significado de un texto²⁵². Incluso, continúa Guastini, es posible hablar de un tercer sentido del término interpretación. Se trata de la creación de un significado. Esta, sin embargo, dice Guastini, es una actividad más cercana a la legislación que a la interpretación²⁵³.

Es común, por otro lado, según Guastini, distinguir entre tres teorías de la interpretación. Guastini les llama la teoría cognoscitiva, la teoría escéptica y la teoría intermedia. La primera, es decir, la teoría cognoscitiva afirma que la interpretación es un acto de conocimiento²⁵⁴. Lo que quiere decir que, para esta teoría, “los textos normativos incorporan un significado intrínseco pre-constituido respecto de la interpretación, susceptible de conocimiento, de manera que la interpretación [como acto de conocimiento] consiste precisamente en constatarlo”²⁵⁵. Así, los enunciados interpretativos son descriptivos. Tienen valores de verdad²⁵⁶. La segunda teoría, esto es, la que se conoce como escéptica sostiene que la interpretación es un acto de voluntad²⁵⁷. Los enunciados interpretativos no son descriptivos. No puede decirse que son verdaderos o falsos²⁵⁸. Guastini distingue entre dos variantes de esta teoría escéptica. Se trata de las variantes moderada y extrema. Esta última, es decir, la variante extrema de la teoría escéptica viene a decir que antes de la interpretación, los textos normativos no tienen

²⁵⁰ R. GUASTINI, “Analogía”, trad. de M. Gascón, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2000, pp. 93-111, en especial pp. 93, 94 y 97; *Id.*, “Antinomias y lagunas”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 71-91, en especial p. 85; *Id.*, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 270; *Id.*, “Introducción a las técnicas interpretativas”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 211-235, en especial pp. 211, 212, 220, 221, 222, 227, 228, 233 y 234; e *Id.*, “Técnicas interpretativas”, trad. de M. Gascón, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 25-56, en especial pp. 26, 35, 36, 37, 38, 43, 44 y 50.

²⁵¹ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 89, 90 y 92.

²⁵² R. GUASTINI, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 249-272, en especial p. 249; e *Id.*, “Reencuentro con la interpretación”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., p. 203.

²⁵³ R. GUASTINI, “Reencuentro con la interpretación”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., p. 206.

²⁵⁴ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 346.

²⁵⁵ Ídem., p. 111.

²⁵⁶ R. GUASTINI, “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, trad. de J.J. Moreso Mateos, *Isonomía*, núm. 29, 2008, pp. 15-31, en especial p. 16.

²⁵⁷ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 346.

²⁵⁸ R. GUASTINI, *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*, cit., p. 16.

significado alguno. La variante moderada, en cambio, afirma que los textos normativos tienen varios significados, que admiten una multiplicidad de interpretaciones²⁵⁹. La tercera teoría, en fin, se trata de un planteamiento ecléctico o intermedio entre las posiciones cognoscitiva y escéptica, porque sostiene que en algunos casos la interpretación es un acto de conocimiento y, en otros, un acto de voluntad²⁶⁰.

Guastini, por su parte, defiende el primer sentido del término interpretación. Es decir, admite que la interpretación jurídica es la atribución de significado a textos jurídicos²⁶¹. Esto es así, porque de acuerdo con Guastini: “[e]n la práctica jurídica el significado no precede a la interpretación: depende de ella”²⁶², ya que “no existe algo que sea el significado propio de las palabras”²⁶³. Guastini asume así un concepto amplio de interpretación jurídica, pues conviene insistir en que, para él, la interpretación siempre es necesaria²⁶⁴. Afirma, por otro lado, una teoría escéptica moderada²⁶⁵ porque, de acuerdo con Guastini, la interpretación “tiene límites conceptuales: no cualquier enunciado que se pretenda interpretativo puede razonablemente ser subsumido bajo el concepto de enunciado interpretativo. La interpretación consiste no ya en atribuir a un texto normativo *cualquier* significado, sino en atribuir un significado admitido por los usos lingüísticos, por los métodos interpretativos al uso, por la dogmática existente”²⁶⁶.

Como decía, Guastini admite una teoría escéptica, ya que en su opinión la interpretación es un acto de voluntad²⁶⁷. O, lo que es lo mismo, Guastini rechaza la teoría cognoscitiva porque, en sus palabras, “las decisiones interpretativas son, en cualquier caso, *decisiones* acerca del significado (y nunca descripciones del significado)”²⁶⁸. La teoría escéptica, de acuerdo con Guastini, es una explicación adecuada de la interpretación por varias razones. Todos los textos jurídicos son equívocos²⁶⁹. Los jueces no usan en sus razonamientos textos, sino significados. Estos, y no los textos, son los

²⁵⁹ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 351 y 352.

²⁶⁰ Ídem., p. 346.

²⁶¹ R. GUASTINI, “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 125-145, en especial p. 132.

²⁶² R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 361.

²⁶³ R. GUASTINI, “Giovanni Tarello, jurista”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 46-57, en especial p. 51.

²⁶⁴ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 342 y 343.

²⁶⁵ Ídem., p. 351.

²⁶⁶ Ídem., p. 363.

²⁶⁷ J.J. MORESO MATEOS, “Significado, interpretación y proposiciones normativas: Apuntes para un debate”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., pp. 41 y 42.

²⁶⁸ R. GUASTINI, “Reencuentro con la interpretación”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., p. 205.

²⁶⁹ R. GUASTINI, *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*, cit., p. 24.

“aplicados”²⁷⁰. No me voy a detener, sin embargo, en la idea de aplicación del Derecho en la teoría de Guastini, quizás sólo convenga decir que para él esta actividad no debe confundirse con la interpretación, pues aplicar el Derecho no es otra cosa más que crear normas individuales a partir de normas generales²⁷¹.

Guastini, en fin, defiende que no es posible hablar de normas jurídicas antes de la interpretación²⁷². Así, distingue entre disposiciones y normas. Las disposiciones son los textos. Las normas, en cambio, son el significado que resulta de la interpretación²⁷³. En este contexto, para Guastini, los ordenamientos jurídicos son conjuntos de disposiciones, no de normas²⁷⁴. En un trabajo posterior²⁷⁵, sin embargo, Guastini advierte que es necesario distinguir entre la Teoría del Derecho y la teoría de la interpretación. La primera, es decir, la Teoría del Derecho analiza la naturaleza del Derecho. Esta teoría, para Guastini, como se acaba de decir, explica que el Derecho es un conjunto de disposiciones o textos. La segunda, es decir, la teoría de la interpretación analiza las operaciones intelectuales de jueces y juristas. Se trata, de acuerdo con Guastini, de “un discurso analítico y descriptivo en torno a aquello que la interpretación de hecho es”²⁷⁶. En el contexto de la teoría de la interpretación, continúa Guastini, “(a) nos es necesario concebir el [D]erecho como un conjunto no de textos, sino de significados (o, si se prefiere, de textos *interpretados*); [...] (b) nos es necesario, por lo tanto, concebir las

²⁷⁰ Ídem., p. 28.

²⁷¹ R. GUASTINI, “Concepciones de las fuentes del Derecho”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 93-103, en especial p. 96; e *Id.*, “Perspectiva dinámica de los ordenamientos”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 365-375, en especial pp. 368 y 369.

²⁷² R. GUASTINI, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (1998), trad. de J.M. Lujambio, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 147-177, en especial p. 156 (Este texto se publicó además como R. GUASTINI, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (1998), trad. de J.M. Lujambio, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 49-73) (R. GUASTINI, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, una versión en francés de este ensayo fue presentado en el XV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Bristol, 1998), en la sesión coordinada por Louis Favoreu, dedicada a <La constitucionalización del ordenamiento jurídico>).

²⁷³ R. GUASTINI, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 79-91, en especial p. 88; *Id.*, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 26, 77 y 78; *Id.*, “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías” (1993), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 1-24, en especial p. 11 (Este texto se publicó además como R. GUASTINI, “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías” (1993), trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 19-38) (R. GUASTINI, “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías” (trad. de M. Carbonell) en *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 323-344); e *Id.*, “Norma: Una noción controvertida”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 92-109, en especial pp. 100 y 101.

²⁷⁴ R. GUASTINI, “Ordenamiento jurídico: Un concepto problemático”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 343-355, en especial pp. 347 y 348.

²⁷⁵ R. GUASTINI, *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*, cit.

²⁷⁶ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 345.

normas no como enunciados, sino como significados (o, si se prefiere, como enunciados *interpretados*); [...] (c) nos es necesario, para terminar, concebir los textos normativos no como [D]erecho, sino como fuentes del [D]erecho”²⁷⁷. Para la teoría de la interpretación, por Derecho, según Guastini, “debería entenderse, entonces, no ya el conjunto de los enunciados normativos emanados del legislador, sino más bien el conjunto de las normas que de esos enunciados extraen los intérpretes”²⁷⁸. Esta idea, de acuerdo con Guastini, es compartida por las concepciones realistas del Derecho. Además, continúa Guastini, no debe perderse de vista que “una teoría realista de la ciencia jurídica, esto es, una teoría según la cual describir un ordenamiento jurídico no es describir normas, sino describir hechos. Desde este punto de vista, una jurisprudencia auténticamente científica no puede limitarse a interpretar aquellos documentos normativos que constituyen las fuentes del [D]erecho, sino que debe indagar empíricamente de qué manera las fuentes del [D]erecho son interpretadas y aplicadas por los jueces, de forma que sea posible prever sus decisiones futuras”²⁷⁹.

Afirmar que antes de la interpretación no es posible hablar de normas jurídicas como lo hace Guastini quiere decir, por otro lado, que el juez tiene discreción y crea Derecho. De hecho, en palabras de Guastini, “parece sensato sostener no sólo que la interpretación puede modificar el [D]erecho -y que así lo hace continuamente- sino también que, en un cierto sentido, lo produce. Antes de la interpretación no hay [D]erecho, sino sólo textos normativos a la espera de ser interpretados”²⁸⁰. Esto y no otra cosa es lo que afirma la tesis de la indeterminación radical del Derecho en la versión del realismo genovés. Hasta aquí algunos aspectos de la teoría de Guastini. Esta, como se acaba de decir, afirma la tesis de la discrecionalidad, así como el poder de creación de Derecho por parte del juez. Esto es así, para Guastini, así como para las variedades del realismo jurídico mostradas, pues el Derecho está radicalmente indeterminado. No sabemos qué cuenta como Derecho sino hasta después de la sentencia del juez. Recuérdesse que en este apartado estoy mostrando algunos modelos que discuten sobre la

²⁷⁷ R. GUASTINI, *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*, cit., p. 27.

²⁷⁸ R. GUASTINI, “Tarello: La Filosofía del Derecho como metajurisprudencia”, en *Id., Distinguiendo...*, cit., pp. 29-45, en especial p. 37.

²⁷⁹ R. GUASTINI, “Derechos: Una contribución analítica”, trad. de A. Greppi, en *Id., Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 207-223, en especial p. 223.

²⁸⁰ R. GUASTINI, *Una teoría cognoscitiva de la interpretación*, cit., p. 29.

determinación del contenido del Derecho. Pues bien, otro de estos modelos viene a decir que el Derecho está radicalmente determinado.

2.2.La tesis de la determinación radical del Derecho

En *American Jurisprudence through English Eyes*²⁸¹, Hart sostiene que *The Noble Dream* es la antítesis de *The Nightmare*. *The Noble Dream* tiene muchas variantes, pero en todas sus formas representa la creencia, quizás la fe, en que a pesar de las apariencias superficiales en contrario, y a pesar de los períodos judiciales de “aberraciones” y errores, todavía se pueden proveer una explicación y una justificación a la expectativa común de los litigantes de que los jueces deben aplicar a sus casos el Derecho existente, y no crear nuevo Derecho para ellos, incluso, cuando el texto de una provisión constitucional, ley o precedente no ofrezca una guía determinada. Con esto, continúa Hart, va la creencia en la posibilidad de justificar muchas otras cosas. La forma de los argumentos de los abogados que, con las mismas expectativas, son dirigidos a los jueces en los tribunales como si ellos buscaran, y no crearan, el Derecho. El hecho de que cuando los tribunales invalidan alguna decisión pasada, la nueva decisión es normalmente tratada como si el Derecho siempre hubiera existido, como la corrección de un error, dando una operación retrospectiva. Y, finalmente, el hecho de que el lenguaje de la decisión del juez no es tratado, como el lenguaje de una ley, como un acto verbal de creación de Derecho con autoridad “canónica”.

La Declaración de Independencia de los Estados Unidos, por otro lado, según Hart, habló el lenguaje de unos derechos naturales universales, y de un Derecho natural universal. La concepción de que “por encima” o “por debajo” del Derecho positivo hay un Derecho natural universal, que la razón humana puede descubrir, y que es aplicable a todo hombre, en todo tiempo y lugar, de hecho, tuvo un lugar en la Teoría del Derecho americana, especialmente en los primeros años de la República. Pero, quizás sorprendentemente, cuando *The Noble Dream* afirma que hay un Derecho existente en alguna parte, que los jueces pueden y deben aplicar a los casos, esto no tomó la forma de

²⁸¹ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit.

una invocación al Derecho natural universal. *The Noble Dream* no se refiere generalmente a algo universal, sino a algo específicamente relacionado con las preocupaciones y la forma de un sistema jurídico individual, a los fines específicos, y valores perseguidos a través del Derecho en una sociedad particular.

Para Hart, la versión contemporánea de *The Noble Dream* es la teoría de Dworkin. La teoría de la adjudicación de Dworkin, continúa Hart, está marcada por el énfasis en muchas nuevas distinciones, como aquella que sostiene que en argumentos de principios existen derechos, que Dworkin piensa que es apropiado que los jueces usen para sostener sus decisiones, en contraste con argumentos de política acerca del bienestar o de objetivos colectivos, que no son asunto de los jueces sino de los legisladores. La teoría de Dworkin, dice Hart, es holística y particularista. Al igual que Pound, Dworkin rechaza la idea de que el sistema jurídico únicamente consiste en reglas explícitas con autoridad, y enfatiza la importancia de principios implícitos no formulados. Y, al igual que Llewellyn, Dworkin rechaza la idea, que él atribuye a la Teoría del Derecho positivista, de que el juez debe, cuando las reglas explícitas son indeterminadas, dejar de lado sus libros de Derecho, y comenzar a legislar de acuerdo con su moral personal o con sus concepciones del bien social o de la justicia. Así, para Dworkin, incluso en el más difícil de los casos difíciles el juez nunca crea Derecho. Esto significa que el juez siempre debe suponer que para cada caso concebible hay una solución que ya es Derecho antes de que decida el caso, y que espera a ser descubierta. Él nunca debe suponer que el Derecho está incompleto, es inconsistente o indeterminado. Si eso parece, la culpa no es del Derecho, sino de los limitados poderes de discernimiento del juez. Así que no hay espacio para que el juez cree Derecho, eligiendo entre alternativas sobre lo que el Derecho debe ser.

La teoría de Dworkin, en opinión de Hart, estimulará a juristas y filósofos por mucho tiempo en ambos lados del Atlántico. Pero si aventurara una profecía, Hart piensa que la principal crítica con la que se atacará a esta teoría será su insistencia en que, incluso si no hay forma de demostrar cuál de dos soluciones en conflicto, que están igualmente soportadas en el Derecho existente, es correcta, siempre habrá una única respuesta correcta esperando a ser descubierta. El corolario en el caso del Derecho es que los litigantes siempre tendrán derecho a recibir del juez la respuesta correcta (a pesar de que no haya forma de demostrar qué es eso), así como tienen el derecho de obtener la respuesta correcta a la pregunta de cuál de dos edificios es más alto, donde por supuesto la corrección de la respuesta sí puede ser demostrada por un “test público objetivo”. En

conclusión, dice Hart, presentó la Teoría del Derecho americana en base a dos extremos: *the Nightmare* y *the Noble Dream*. El punto de vista de que los jueces siempre crean, y nunca encuentran el Derecho que imponen a los litigantes, y el punto de vista opuesto de que los jueces nunca crean Derecho. Sin embargo, en palabras de Hart: “[c]omo cualquier otra pesadilla y cualquier otro sueño, estos dos son, en [su] opinión, ilusiones, aunque tienen mucho de valor que enseñar al jurista en sus horas de vigilia. La verdad, quizás aburrida, es que a veces los jueces hacen una y a veces la otra”²⁸².

Conviene insistir en que en este apartado mostré algunas variedades del realismo jurídico. Estas, en mi opinión, defienden que el juez siempre tiene discreción y crea Derecho, porque el Derecho está radicalmente indeterminado. Pienso que el realismo jurídico sostiene una teoría escéptica de la interpretación, y se identifica con lo que Hart llama *The Nightmare*. Dworkin, en cambio, como se vio en el capítulo primero, sostiene que el juez no tiene discreción ni crea Derecho, pues el Derecho está radicalmente determinado, ya que el juez siempre encontrará un principio de moral objetiva que le dé la única respuesta correcta²⁸³. O, dicho de otra forma, como nos recuerda Comanducci, Dworkin “sostiene la tesis según la cual un Derecho, formado, además de por reglas, por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado (es la famosa tesis de la única solución justa, o correcta)”²⁸⁴. Lo que, por otro lado, a mi forma de ver las cosas quiere decir que Dworkin defiende una teoría cognoscitiva de la interpretación²⁸⁵. La teoría de Dworkin se traduce en lo que Hart llama *The Noble Dream*. Hart, por su parte, como se acaba de señalar, afirma que a veces el juez tiene discreción y crea Derecho, y otras veces no. Se trata de una teoría intermedia de la interpretación. Estimo, por otro lado, que afirmar como lo hace Hart que a veces el juez tiene discreción y crea Derecho es una defensa de la tesis de la indeterminación parcial del Derecho. Recuérdesse, por ejemplo,

²⁸² Ídem., p. 144.

²⁸³ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho*, cit., pp. 73-92, en especial p. 85; R. GUASTINI, “Reencuentro con Dworkin”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 277-286, en especial p. 283; J.J. MORESO MATEOS, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, cit., p. 206; *Id.* y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., p. 159; y O. PÉREZ de la FUENTE, “¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al Derecho como integridad”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, pp. 141-184, en especial p. 148.

²⁸⁴ P. COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 75-98, en especial p. 91.

²⁸⁵ J.A. GARCÍA AMADO, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, 2006, pp. 151-172, en especial p. 165; y J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 86.

que para Hart como se mostró en el capítulo primero, las normas jurídicas tienen un núcleo de significado indiscutido y una penumbra de incertidumbre. Pues bien, el neoconstitucionalismo defiende que decir como lo hace el positivismo jurídico (y algunas variedades del realismo jurídico) que el juez tiene discreción y crea Derecho es una explicación insuficiente del problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional, porque la incorporación en la Constitución de contenidos materiales requiere de nuevas técnicas o, por lo menos, diferentes a las de la ley, como la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica.

3. Neoconstitucionalismo y el problema de la interpretación jurídica

El neoconstitucionalismo presupone que el positivismo defiende el método jurídico tradicional²⁸⁶ o, por el contrario, la tesis de la discrecionalidad judicial. El argumento es que estas explicaciones del problema de la interpretación son insuficientes. En efecto, hablando de la discrecionalidad, la objeción es que el positivismo, como dice Barranco, “normalmente no se ha interesado por establecer criterios que permitan realizar un control efectivo del razonamiento llevado a cabo por los jueces. En el caso del positivismo de Hart y Kelsen [se objeta que] su descripción del lugar del juez se agota en la afirmación de la tesis de la discrecionalidad”²⁸⁷. El neoconstitucionalismo insiste en que se trata de explicaciones insuficientes, porque la incorporación en la Constitución de contenidos materiales implica que existe una distinción entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley, dado que, continúa Barranco, “se atribuye a las normas constitucionales un carácter “diferente” al de las normas legales”²⁸⁸. En efecto,

²⁸⁶ J.A. GARCÍA AMADO, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 151-182, en especial p. 152; R. GUASTINI, “Tarello: La Filosofía del Derecho como metajurisprudencia”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., p. 32; y L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 97.

²⁸⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 20. En este sentido, véase R. CONTRERAS ACEVEDO, “Observaciones a los razonamientos de las argumentaciones judiciales”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., pp. 63-81, en especial p. 74.

²⁸⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 135 y 136. En este sentido, véanse J.R. COSSÍO y L. RAIGOSA, “Régimen político e interpretación constitucional en México” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., pp. 255-270, en especial p. 256 (J.R. COSSÍO y L. RAIGOSA, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, México, ITAM-Fontamara, octubre 1996, pp. 41-64); R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 207;

como nos recuerda Comanducci: “[u]no de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional) es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del [D]erecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley”²⁸⁹.

Las teorías neoconstitucionalistas, conviene repetirlo, afirman que en el Derecho del Estado constitucional los valores, principios y derechos fundamentales incorporados en la Constitución requieren de nuevas técnicas²⁹⁰ o, por lo menos, diferentes a las de la ley, como la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica. Pues, como advierte Ansuátegui, “la decisión interpretativa (vinculada a un innegable elemento volitivo) en un Derecho como aquel al que estamos haciendo referencia exige de manera imprescindible un esfuerzo justificativo y argumentativo”²⁹¹, así como, continúa Ansuátegui, del “desarrollo de un discurso moral a la hora de interpretar esa dimensión material [...] [para] la determinación de su contenido y de su significado”²⁹².

Las teorías neoconstitucionalistas, por otro lado, sostienen que los contenidos materiales incorporados en la Constitución funcionan como criterios de interpretación²⁹³. Se trata, de acuerdo con R. de Asís, de la “función interpretativa de los principios”²⁹⁴. Prieto, por su parte, reseña que, en efecto, para el neoconstitucionalismo: “[l]os valores

M. IGLESIAS VILA, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, cit., pp. 77 y 79; C. ROSANE ROESLER, “Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo?”, trad. de A. Espinosa Gadea, *Doxa*, núm. 29, 2006, pp. 295-318, en especial p. 314; y P. SANZ BAYÓN, “Sobre la tópica jurídica en Viehweg”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, pp. 83-108, en especial p. 99.

²⁸⁹ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho*, cit., p. 77.

²⁹⁰ M. CARBONELL, “Presentación a la primera edición” (1999), a R. GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. XIII-XV, en especial p. XIV; P. COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho*, cit., p. 53; R. GUASTINI, “Los principios en el Derecho positivo”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 142-178, en especial pp. 146 y 168; y L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 61.

²⁹¹ F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, “Prólogo”, a M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., pp. 11-17, en especial p. 12.

²⁹² F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 219 y 220.

²⁹³ M. ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional: De nuevo sobre los casos trágicos” (1997), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 187; R. GUASTINI, “Los principios en el Derecho positivo”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., p. 164; y R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 76.

²⁹⁴ R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, cit., p. 72.

superiores y los principios constitucionales desempeñan [...] una función esencial como criterios orientadores de la decisión de los jueces”²⁹⁵. En definitiva, estas teorías defienden que los jueces tienen un papel central en el sistema jurídico. Recuérdese, por ejemplo, la tesis de Zagrebelsky en el sentido de que los jueces son “los garantes de la complejidad estructural del [D]erecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia”²⁹⁶. Este papel central de los jueces se explica, además, como reseña Barranco, en que “el Estado constitucional supone, en relación con el Estado de Derecho, que se confía en los jueces y no en el Parlamento como depositarios de la legitimidad. Jurídicamente se consolida la capacidad del órgano de control (de características jurisdiccionales) para invalidar una ley”²⁹⁷. Así, no debe perderse vista, continúa Barranco, que el Derecho del Estado constitucional establece un sistema de control, a cargo de un órgano que tiene la última palabra, y que funciona como un tribunal, al que es necesario dotar de legitimidad, frente a quien tradicionalmente ha sido considerado como el depositario de la legitimidad democrática²⁹⁸. Sin embargo, como ya se ha dicho, en este trabajo no me ocuparé del control de constitucionalidad. En el presente apartado prestaré atención al debate en torno a la distinción entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley. Más adelante me detendré en la ponderación, así como en algunos aspectos de diversas comprensiones de la teoría de la argumentación jurídica (3.1.). Después, intentaré justificar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor explicación del problema de la interpretación en el Derecho del Estado constitucional (3.2.).

3.1.La tesis de la especificidad de la interpretación constitucional

Como decía, para el neoconstitucionalismo una de las implicaciones de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales es que existe una distinción

²⁹⁵ L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 122.

²⁹⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 153 (G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitte: Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, S.p.a., Torino, 1992).

²⁹⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red: Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 597-616, en especial p. 616.

²⁹⁸ M.C. BARRANCO AVILÉS, “El papel del juez en el Estado constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, pp. 113-130, en especial p. 129.

entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley. De este modo, creo que es posible hablar de un debate en torno a la interpretación constitucional. Lo que quiere decir que algunos autores sostienen que no existe diferencia entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley. A partir del presupuesto de que la Constitución y la ley son normas jurídicas, en efecto, se ha argumentado que no existe diferencia alguna en su interpretación, pues la Constitución “es un documento normativo que se interpreta de la misma manera que se hace cualquier norma jurídica”²⁹⁹. Se ha negado, pues, que la interpretación de la Constitución requiera de nuevas técnicas³⁰⁰ o, por lo menos, diferentes a las de la ley, como lo vienen a decir las teorías neoconstitucionalistas.

Lo interesante es que, incluso desde el neoconstitucionalismo, parece que es posible encontrar algunas posturas que identifican la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley. Me refiero, por ejemplo, a un texto de Ferrajoli, quien es claro que no es neoconstitucionalista en el mismo sentido que Dworkin, pero creo que conviene destacar su postura cuando, hablando de los razonamientos de los jueces ordinarios y constitucionales, afirma que “se puede admitir que los casos de incertidumbre interpretativa son más frecuentes en la jurisdicción constitucional. Este aspecto cuantitativo, empero, no modifica la idéntica naturaleza y la calidad de los distintos tipos de juicio”³⁰¹. O bien, pienso en un trabajo de Comanducci, en el que en relación con las teorías de Prieto³⁰² y Guastini, Comanducci sostiene que en su opinión ambos autores concuerdan, y él con ellos, “en que, si hay diferencias entre interpretación de la Constitución e interpretación de la ley, se trata fundamentalmente de diferencias cuantitativas y no cualitativas”³⁰³. A mi forma de ver las cosas, como trataré de argumentar al final del capítulo, el problema de la interpretación jurídica no es un rasgo

²⁹⁹ Y. CARRILLO de la ROSA, “El concepto y la validez del Derecho en la teoría jurídica y el neo-(o nuevo) constitucionalismo”, *Verba Iuris*, núm. 28, 2012, pp. 19-30, en especial p. 26.

³⁰⁰ C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., pp. 95 y 162; J.A. GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 237-264, en especial p. 245; y R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 163.

³⁰¹ L. FERRAJOLI, “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 167-216, en especial p. 203.

³⁰² L. PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 123-158, en especial p. 136.

³⁰³ P. COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho*, cit., p. 57.

del Derecho del Estado constitucional. En mi opinión, no existe diferencia alguna entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley. Así, estoy de acuerdo con Barranco cuando advierte que: “[l]os problemas de la interpretación constitucional no pueden recibir un tratamiento independiente con respecto a los que suscita la interpretación en otros ámbitos del Derecho”³⁰⁴. Pues admito, con Cuenca, que “la interpretación de la Constitución involucra los mismos problemas implicados en la atribución de significado a cualquier otro texto jurídico”³⁰⁵. Digo que en mi opinión no existe diferencia alguna entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley, porque si es posible hablar de contenidos materiales incorporados en la Constitución antes de la segunda mitad del siglo XX en Europa, como dicho sea de paso concluí en el capítulo cuarto, no encuentro razones que nos permitan pensar que la interpretación del Derecho del Estado constitucional presenta nuevos problemas. De este modo, coincido de nuevo con Barranco cuando defiende que: “[a]unque la interpretación de la Constitución [...] plantea toda una serie de retos en relación con la concepción “tradicional” de esta operación, éstos ya se presentaban bajo una apariencia diferente antes de que se empezara a hablar del Estado constitucional. Por tanto, a [su] modo de ver, las diferentes teorías elaboradas en relación con la interpretación constitucional suponen una nueva forma de presentar problemas antiguos, que como tales ya existían y que tampoco habían logrado ser resueltos por el paradigma metodológico dominante en la práctica jurídica”³⁰⁶. A ello me referiré más adelante. Aquí como decía mi propósito es mostrar algunas ideas del neoconstitucionalismo en relación con el problema de la interpretación jurídica.

Pues bien, como ya señalé, para las teorías neoconstitucionalistas es necesario distinguir entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley³⁰⁷. De hecho, se dice que uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es que la interpretación de la Constitución presenta ciertas peculiaridades respecto de la

³⁰⁴ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 91.

³⁰⁵ P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 448.

³⁰⁶ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 92.

³⁰⁷ J. WRÓBLEWSKI, “Introducción”, a *Id.*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 18.

interpretación de la ley³⁰⁸. Guastini³⁰⁹ explica que, en efecto, es común la idea según la cual la interpretación de la Constitución es algo distinto a la interpretación de la ley. Esta tesis de la especificidad, continúa Guastini, puede ser entendida de dos formas. Es decir, como una tesis descriptiva o bien, como una tesis prescriptiva. La tesis descriptiva de la especificidad, de acuerdo con Guastini, viene a decir que la interpretación de la Constitución es algo distinto de la interpretación de la ley. La tesis prescriptiva de la especificidad, en cambio, afirma que en la interpretación de la Constitución se deben usar técnicas diferentes a las empleadas para interpretar la ley. De acuerdo con las teorías neoconstitucionalistas, la interpretación de la Constitución presenta ciertas peculiaridades respecto de la interpretación de la ley por varias razones. La Constitución y la ley no tienen el mismo origen³¹⁰. El concepto de Constitución³¹¹. La tesis de la supremacía constitucional³¹². La incorporación en la Constitución de contenidos materiales³¹³. La estructura³¹⁴ y los tipos³¹⁵ de normas constitucionales. Los problemas en caso de conflicto entre contenidos materiales³¹⁶, así como para su aplicación³¹⁷. La necesidad de un

³⁰⁸ M. ARAGÓN REYES, “La Constitución como paradigma”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 29-40, en especial p. 38 (Este texto se publicó además como M. ARAGÓN REYES, “La Constitución como paradigma” (1998), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 109-122) (M. ARAGÓN REYES, “La Constitución como paradigma”, publicado en *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998).

³⁰⁹ R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 303-305.

³¹⁰ M.A. AHUMADA, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., pp. 123-159, en especial pp. 143 y 144.

³¹¹ P. SERNA BERMÚDEZ, “Neoconstitucionalismo e interpretación: Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 211-225, en especial p. 211.

³¹² R. ALEXY, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., pp. 31-47, en especial p. 36; y A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 245.

³¹³ J. AGUILÓ REGLA, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 247-263, en especial p. 255; M.A. AHUMADA, “Neoconstitucionalismo y Constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., pp. 143 y 144; y P. SERNA BERMÚDEZ, “Neoconstitucionalismo e interpretación: Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., p. 211.

³¹⁴ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 261.

³¹⁵ J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 102, 103 y 106.

³¹⁶ J. AGUILÓ REGLA, “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., p. 255.

³¹⁷ J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 109 y 111.

discurso político³¹⁸ o moral para llevar a cabo la interpretación constitucional³¹⁹. Los intérpretes³²⁰ y destinatarios³²¹ de la Constitución. Se ha dicho, en fin, que la Constitución, a diferencia de la ley, presenta ciertos problemas³²² para su interpretación. Estas razones de acuerdo con las teorías neoconstitucionalistas como decía explican que la interpretación de la Constitución presente ciertas peculiaridades respecto de la interpretación de la ley.

Si esto es así, continúa el neoconstitucionalismo, la Constitución requiere de nuevas técnicas o, por lo menos, diferentes a las empleadas para interpretar la ley. Es claro que esta es una razón más que se ha argumentado para distinguir entre interpretación de la Constitución e interpretación de la ley³²³. Estas técnicas son, por ejemplo, la interpretación conforme³²⁴, el juicio o principio de razonabilidad³²⁵ o bien, la ponderación. Sin embargo, no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de esta última idea. Se dice, por ejemplo, que ponderación significa razonabilidad³²⁶ o bien, proporcionalidad³²⁷ de las decisiones judiciales. La ponderación, por otro lado, ha sido

³¹⁸ Ídem., pp. 109, 111, 112 y 114.

³¹⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 272; y G. ZAGREBELSKY, “Jueces constitucionales” (2006), trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., pp. 91-104, en especial p. 94 (G. ZAGREBELSKY, “Jueces constitucionales”, discurso pronunciado ante el Presidente de la República el 22 de abril de 2006, en Roma, con motivo de la celebración del 50º Aniversario de la Corte Constitucional italiana).

³²⁰ P. SERNA BERMÚDEZ, “Neoconstitucionalismo e interpretación: Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., p. 212.

³²¹ R. GUASTINI, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 249.

³²² *Ibidem.*

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 417.

³²⁵ M. CARBONELL, “Presentación”, a R. GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, cit., pp. 7-21, en especial p. 14; R. GUASTINI, “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (1998), trad. de J.M. Lujambio, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 157; y L. PRIETO SANCHÍS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., pp. 305-342, en especial p. 324.

³²⁶ J. CÁRDENAS GRACIA, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 41-66, en especial p. 55.

³²⁷ L. PRIETO SANCHÍS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 325. Para Prieto, por otro lado, “la prueba de la proporcionalidad se descompone en cuatro elementos, que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: primero, un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos; segundo, la adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin; tercero, la necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio del derecho, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo; y finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen a través de la medida limitadora y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho” (p. 326). Prieto, en fin, advierte que las expresiones “proporcionalidad” y “ponderación” en ocasiones se utilizan como sinónimos. Sin embargo, para Prieto, la ponderación no es otra cosa más que el último elemento de la proporcionalidad, es decir, lo que llamó proporcionalidad en sentido estricto (p. 326, nota 56). En otro trabajo, sin embargo, L. PRIETO

entendida “como la búsqueda de la mejor decisión cuando a la hora de resolver un conflicto concurren a la argumentación razones justificadoras contradictorias que tienen además el mismo valor”³²⁸. Como decía, para el neoconstitucionalismo la Constitución requiere de nuevas o, por lo menos, diferentes técnicas de interpretación. En caso de conflicto³²⁹ entre o bien, para la aplicación³³⁰ de los contenidos materiales incorporados en la Constitución, continúa el neoconstitucionalismo, las técnicas para interpretar y aplicar la ley o, como reseña Prieto, para “resolver las colisiones entre reglas”³³¹ son insuficientes, por lo que es necesaria otra respuesta. Esta no es otra más que la ponderación³³².

En efecto, de acuerdo con Guastini, “los conflictos entre principios -o al menos los que se dan entre principios constitucionales- no pueden ser resueltos con las mismas técnicas habitualmente usadas para resolver los conflictos entre normas [...] La técnica apropiada -y, por tanto, la que efectivamente se usa, en especial por los tribunales constitucionales- para resolver los conflictos de este tipo es la que se conoce con el nombre de ponderación [...] La ponderación de principios consiste en instituir entre los dos principios en conflicto una jerarquía axiológica móvil [...] Una jerarquía *axiológica* es una relación de valor instituida (no por las mismas fuentes, sino) por el intérprete, precisamente mediante un subjetivo juicio de valor. Instituir una jerarquía axiológica consiste en atribuir a uno de los dos principios en conflicto mayor “peso”, es decir, mayor

SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 144, advierte que no cree “que la ponderación constituya una alternativa a la subsunción, diciendo algo así como que el juez ha de optar entre un camino u otro. A [su] juicio, operan en fases distintas de la aplicación del Derecho [...] antes de ponderar es preciso <subsumir>, constatar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios”. Si, como se acaba de decir, continúa Prieto, “antes de ponderar es preciso de alguna manera subsumir, mostrar que el caso individual que examinamos forma parte del universo de casos en el que resultan relevantes dos principios en pugna, *después* de ponderar [cree] que aparece de nuevo la exigencia de subsunción. Y ello es así porque [...] la ponderación se endereza a la formulación de una regla, de una norma en la que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se elimina o posterga uno de los principios para ceder el paso a otro que, superada la antinomia, opera como una regla y, por tanto, como la premisa normativa de una subsunción” (p. 145). Sobre la relación entre ponderación y subsunción, véase L. PRIETO SANCHÍS, “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., p. 36.

³²⁸ A. FIGUERUELO BURRIEZA, “Nuevas tendencias del Derecho constitucional en Europa”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., pp. 105-134, en especial p. 128.

³²⁹ L. PRIETO SANCHÍS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 308.

³³⁰ M. CARBONELL y L. GARCÍA JARAMILLO, “Prólogo”, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, a VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 11-27, en especial p. 15.

³³¹ L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 47-68, en especial p. 61 (L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996).

³³² J.J. MORESO MATEOS, “Conflictos entre principios constitucionales”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 100.

valor, respecto del otro”³³³. Se trata de una jerarquía móvil, continúa Guastini, porque se establece para el caso concreto. Lo que quiere decir, concluye Guastini, que podría invertirse en otro caso.

Alexy, por su parte, como se sabe se ha dedicado en algunos trabajos³³⁴ a la ponderación. Hablando de la distinción entre reglas y principios, Alexy dice que un conflicto entre principios se resuelve a través de la ley de la colisión o ponderación. Para Alexy, un conflicto entre principios, a diferencia de un conflicto entre reglas, no se resuelve declarando inválido a uno de los principios o introduciendo una excepción. En cambio, un conflicto entre principios se soluciona estableciendo una “relación de precedencia condicionada”. Lo que quiere decir que se indican las condiciones en las que en un caso concreto un principio precede a otro. La idea de principios, por otro lado, está relacionada con el principio de proporcionalidad. De hecho, en palabras de Alexy, conviene insistir en que: “[l]os principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Una de las tesis fundamentales expuestas en la <Teoría de los derechos fundamentales>, es que esta definición implica el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y viceversa: que el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad”³³⁵. La ponderación, según Alexy, “es necesaria si y sólo si existen razones opuestas que, tomadas en sí mismas, constituyen razones para una decisión pero no conducen, sin más, a una decisión definitiva porque existe otra razón que exige otra decisión. Este tipo de razones o bien son principios o se apoyan en ellos”³³⁶. La ponderación, por otro lado, de acuerdo con Alexy, es una parte del principio de

³³³ R. GUASTINI, “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional*, cit., p. 139. Al respecto, véanse R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 136, 137, 181 y 216-218; e *Id.*, “Los principios en el Derecho positivo”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 169-171.

³³⁴ R. ALEXY, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” (2002), trad. de D. García Pazos y A. Oehling de los Reyes, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 106-116 (R. ALEXY, “Grundrechte, Abwägung und Rationalität”, *Ars Interpretandi: Yearbook of Legal Hermeneutics* 7 (2002), pp. 113-125); e *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit.

³³⁵ R. ALEXY, “Epílogo” (2002), en *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 511-562, en especial p. 524 (R. ALEXY, “A Theory of Constitutional Rights”, *Epílogo*, que Robert Alexy escribiera para la publicación del libro en inglés por la Oxford University Press en el año 2002 como: *A Theory of Constitutional Rights*. La traducción del epílogo ya había sido publicada en el número 66 de la *Revista Española de Derecho Constitucional* en el mismo año 2002 (páginas 13 a 64) y, como opúsculo, con un prólogo de Francisco Rubio Llorente, por el Colegio de Registradores de la Propiedad en Madrid en el año 2004).

³³⁶ R. ALEXY, “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1997, pp. 11-130, en especial p. 77.

proporcionalidad. Este, como nos recuerda García Jaramillo, es una “estructura argumentativa para controlar las restricciones en derechos fundamentales que se dirigen a invalidar aquellas intervenciones que implican un sacrificio constitucionalmente ilegítimo, innecesario o desproporcionado de los mismos”³³⁷. El principio de proporcionalidad, continúa Alexy, como se acaba de apuntar está compuesto por los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como ya se dijo en el capítulo cuarto, según Alexy, los principios son mandatos de optimización. Pues bien, hablando del principio de proporcionalidad, Alexy dice que los principios de idoneidad y necesidad tienen que ver con las posibilidades fácticas. La ponderación, por otro lado, es el objeto del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este, en cambio, se refiere a las posibilidades jurídicas. Esta es la ley de la colisión o ponderación, según la cual: “[c]uanto mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”³³⁸. O, dicho de otra forma, para Alexy: “[c]uanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro [...] Esta regla expresa una ley que tiene validez para la ponderación de principios de cualquier tipo. Puede denominarse <ley de la ponderación>. De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro”³³⁹. La ley de la ponderación se desarrolla en tres pasos. De acuerdo con Alexy: “[e]n el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro”³⁴⁰.

Hasta aquí algunos aspectos de la ponderación. Esta, sin embargo, no es la única técnica propuesta por las teorías neoconstitucionalistas. El neoconstitucionalismo

³³⁷ L. GARCÍA JARAMILLO, “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., pp. 208-246, en especial p. 208.

³³⁸ R. ALEXY, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” (2002), trad. de D. García Pazos y A. Oehling de los Reyes, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, cit., p. 112.

³³⁹ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 138.

³⁴⁰ R. ALEXY, “La fórmula del peso” (2003), trad. de C. Bernal Pulido, en *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 349-374, en especial p. 351 (R. ALEXY, “Die Gewichtsformel”, en Joachim Jickeli et al eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlin, 2003, pp. 771-792).

defiende que el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional requiere de una teoría de la argumentación jurídica. Como ya se dijo, el Derecho del Estado constitucional es un tipo de sistema jurídico que se presentó en Europa a partir de mediados del siglo XX y, en concreto, después de la Segunda Guerra Mundial. Señalé que, según el neoconstitucionalismo, el Derecho del Estado constitucional se identifica por algunos rasgos. Pues bien, uno de ellos como se acaba de decir es la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica. A partir de mediados del siglo XX³⁴¹, es posible hablar del surgimiento de algunas comprensiones de esta teoría. De hecho, existe cierto consenso³⁴² sobre la idea de que los planteamientos precursores de la teoría de la argumentación jurídica son la tópica de Viehweg³⁴³, la retórica de Perelman³⁴⁴, y la lógica de Toulmin³⁴⁵. El origen de estos planteamientos es una propuesta de superación del método jurídico tradicional³⁴⁶. Aunque desde el punto de vista del neoconstitucionalismo

³⁴¹ F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “Teorías de la argumentación jurídica: Una visión retrospectiva de tres autores”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005, pp. 273-296, en especial p. 273; y J.C. VELASCO ARROYO, “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 49-68, en especial p. 54.

³⁴² M. ATIENZA, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (1991), Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimp., México, 2004, p. 29; *Id.*, “Nota Preliminar”, a *Id.*, *Las razones del Derecho...*, cit., pp. XIII-XV, en especial p. XIV; y P. SANZ BAYÓN, *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*, cit., p. 85.

³⁴³ M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., p. 29; J. CORRAL GENICIO, “Un diálogo entre juristas: La reivindicación de la tópica para la inexcusable búsqueda de lo justo y razonable en Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2001-2002, pp. 89-112, en especial pp. 89 y 91; J.A. GARCÍA AMADO, “Tópica, Derecho y método jurídico”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 161-188, en especial pp. 161, 167 y 178; F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Teorías de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 273-275; C. ROSANE ROESLER, *Theodor Viehweg...*, cit., p. 296; P. SANZ BAYÓN, *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*, cit., pp. 83, 84, 95 y 104-106; y J.C. VELASCO ARROYO, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, cit., p. 55. Para una crítica, véanse M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., pp. 37 y 40; J.A. GARCÍA AMADO, *Tópica, Derecho y método jurídico*, cit., pp. 161, 171, 181 y 184; F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Teorías de la argumentación jurídica...*, cit., p. 280; y P. SANZ BAYÓN, *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*, cit., pp. 97 y 98.

³⁴⁴ R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 156-158; M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., p. 46; M. DOBROSIELSKI, “Lógica y Retórica” (1957), trad. de J. Kaminska, en Ch. PERELMAN *et al.*, *Retórica y Lógica* (1959), Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1987, pp. 422-434 (M. DOBROSIELSKI, “Logika a Retoryka”, *Zeszyty Wydziału Filozoficznego Uniwersytetu Warszawskiego*, núm. 4, 1957); F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Teorías de la argumentación jurídica...*, cit., p. 286; Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, “La nueva retórica” (1956), trad. de M.C. Fischer, en Ch. PERELMAN *et al.*, *Retórica y Lógica*, cit., pp. 411-421 (Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, “La nouvelle rhétorique”, *Les études philosophiques*, núm. 1, enero-marzo de 1956, pp. 20-29); y J.C. VELASCO ARROYO, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, cit., p. 55. Para una crítica, véanse R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 171; M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., pp. 65, 66 y 70; y M. DOBROSIELSKI, “Lógica y Retórica” (1957), trad. de J. Kaminska, en Ch. PERELMAN *et al.*, *Retórica y Lógica*, cit., pp. 433 y 434.

³⁴⁵ R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 95; y M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., pp. 97 y 98. Para una crítica, véase R. ALEXI, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 99 y 102.

³⁴⁶ J. CÁRDENAS GRACIA, “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, cit., p. 42; J.A. GARCÍA AMADO, “Retórica, argumentación

creo que más bien se trata de una crítica al positivismo jurídico y, en concreto, a la tesis de la discrecionalidad judicial³⁴⁷. Así, como reseña Prieto, “si en algo cambia el panorama jurídico tras una Constitución de principios garantizada a través de mecanismos jurisdiccionales, es precisamente en el papel que ha de asumir la argumentación o el razonamiento jurídico; y una [T]eoría del Derecho no puede dejar de levantar acta de este fenómeno. Aun cuando se mantenga viva la tesis de la discrecionalidad y, con ello, se dé la razón a una idea central del positivismo, no puede olvidarse que este último descuidó el cada día más extenso capítulo de la argumentación”³⁴⁸.

Hoy en día, de acuerdo con Atienza, la teoría de la argumentación jurídica, aunque es cierto que se refiere a otros operadores³⁴⁹, “se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es de las razones que ofrecen como fundamento -motivación- de sus decisiones”³⁵⁰. La importancia atribuida a la argumentación judicial, continúa Atienza, “se debe básicamente a que los jueces (a diferencia de los legisladores e, indirectamente, de los órganos superiores de la Administración) no son elegidos democráticamente; la legitimidad de su poder no depende de su origen, sino exclusivamente de su ejercicio, de las razones que puedan aducir para justificar sus decisiones”³⁵¹. En este contexto, como nos recuerda Gutiérrez: “[l]a argumentación judicial consiste entonces, en la obligación que tiene el juzgador por la naturaleza de su función, de dar a conocer a las partes en el juicio que se ha sometido ante su potestad, las razones convincentes que justifiquen el sentido, alcance, limitaciones y efectos de su resolución”³⁵². La argumentación jurídica pretende mostrar que una decisión está justificada³⁵³. Se trata de aducir razones en favor de una decisión³⁵⁴, que se concreta por

y Derecho”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 131-147, en especial p. 136; y M.E. SALAS, *Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...*, cit., p. 120.

³⁴⁷ A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 57.

³⁴⁸ L. PRIETO SANCHÍS, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución...*, cit., p. 341.

³⁴⁹ P. SANZ BAYÓN, *Sobre la tópica jurídica en Viehweg*, cit., p. 103; y J.C. VELASCO ARROYO, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, cit., p. 49.

³⁵⁰ M. ATIENZA, “El Derecho como argumentación” (2003), en *Id* y L. FERRAJOLI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 1-86, en especial p. 5.

³⁵¹ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, cit., p. 277.

³⁵² G.J.R. GUTIÉRREZ OCEGUEDA, “Reflexiones epistemológicas sobre la argumentación judicial por analogía”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., p. 203.

³⁵³ A. AARNIO, “¿Cambio o evolución?”, s.t., en VV.AA., *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (2010), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 81-119, en especial p. 101; y J.C. BAYÓN MOHÍNO, “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 5-65, en especial p. 12.

³⁵⁴ P. COMANDUCCI, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 92 y 93.

ejemplo en una sentencia³⁵⁵, buscando lograr cierto consenso sobre ella³⁵⁶. Sin embargo, creo que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla de una “teoría” de la argumentación jurídica³⁵⁷. Digo esto, pues como advierte Leal, “cuando se habla de argumentación jurídica puede pensarse que el tema pertenece a la retórica, a la lógica, a la llamada teoría de la argumentación, a la epistemología, o tal vez que desborda estas disciplinas y pertenece en rigor al [D]erecho y sus diferentes ramas y disciplinas, es decir, que es una disciplina jurídica con el mismo estatuto que cualquier otra”³⁵⁸. Así, continúa Leal, cuando se habla de la teoría de la argumentación jurídica debe quedar claro que “no se trata aquí en rigor de una teoría única y unificada, sino más bien de un conglomerado pluridisciplinario dentro del cual se han presentado varios modelos que en parte compiten y en parte se complementan”³⁵⁹. En esta investigación, siguiendo a Barranco, asumiré que argumentar “supone ofrecer razones a favor de una determinada interpretación”³⁶⁰. Y que las diferentes comprensiones de la teoría de la argumentación jurídica no son otra cosa más que modelos para elaborar estas razones. Se dice que la teoría estándar³⁶¹ de la argumentación jurídica está representada por los modelos de MacCormick y Alexy³⁶².

³⁵⁵ R. LARA CHAGOYÁN, “Sobre la estructura de las sentencias en México: Una visión crítica y una propuesta factible”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., pp. 97-121, en especial p. 99.

³⁵⁶ B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., p. 213.

³⁵⁷ R. CONTRERAS ACEVEDO, “Observaciones a los razonamientos de las argumentaciones judiciales”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., p. 64.

³⁵⁸ F. LEAL CARRETERO, “La falta de argumentación como estado normal”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., pp. 15-29, en especial p. 15.

³⁵⁹ Ídem., p. 16.

³⁶⁰ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 71. Sobre la relación entre argumentación e interpretación, véase R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 31.

³⁶¹ M. ATIENZA, “Nota Preliminar”, a *Id.*, *Las razones del Derecho...*, cit., p. XIV; y J.C. VELASCO ARROYO, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, cit., p. 51.

³⁶² R. ALEXY, “Introducción”, a *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 23-47, en especial pp. 23, 34, 35, 36 y 38; *Id.*, “Prefacio”, a *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 19 y 20, en especial p. 19; *Id.*, “Sistema jurídico y razón práctica”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, cit., pp. 159-177, en especial p. 174; *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 177, 206, 207, 213, 214, 222 y 223; *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 486; M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., pp. 149 y 164; J. CORRAL GENICIO, *Un diálogo entre juristas...*, cit., p. 102; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., pp. 330, 331 y 340; F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Teorías de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 289 y 292; K. TUORI, “Ética discursiva y legitimidad del Derecho”, trad. de J. Aguiló Regla, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 47-67, en especial p. 60; y J.C. VELASCO ARROYO, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, cit., pp. 56 y 59. Para una crítica, véanse M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., p. 176; K. GÜNTHER, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” (1989), trad. de J.C. Velasco Arroyo, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 274-302, en especial pp. 278, 286 y 297 (K. GÜNTHER, “Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation”, en *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, pp. 163-190); F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Teorías de la argumentación jurídica...*, cit., p. 295; K. TUORI, *Ética discursiva y legitimidad del Derecho*, cit., p. 61; y J.C. VELASCO ARROYO, *El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas*, cit., pp. 61,

Aunque desde luego existen otras propuestas. Me refiero por ejemplo a la teoría de Atienza³⁶³.

Estas comprensiones, sin embargo, han sido objetadas al llamar nuestra atención sobre el hecho de que “para que los distintos elementos [...] de una teoría de la argumentación sean útiles se requieren, al menos, tres condiciones mínimas: primera, que los interlocutores (i.e. los operadores del [D]erecho a quienes se dirige la teoría) conozcan, con algún grado de detalle, los elementos metodológicos propuestos por la teoría; segunda, poseer una cierta sensibilidad cognitiva para dejarse convencer (ya no sólo persuadir) por los argumentos; y, tercera, implementar en la práctica de su ejercicio profesional y vital esos argumentos”³⁶⁴. Sin embargo, a mi forma de ver las cosas, una de las críticas más interesantes a las distintas comprensiones de la teoría de la argumentación jurídica y, en concreto, a la teoría estándar tiene que ver con la moral objetiva. García Amado, en este sentido, viene a decir “que muchos de los autores que se pueden integrar en esa teoría estándar, empezando por el propio Alexy, han acabado juntando en un mismo paquete su modelo de racionalidad argumentativa de la práctica jurídica decisoria y su idea de que existen pautas morales objetivas (objetivismo) y cognoscibles (cognitivismo) que, bajo la forma que sea (normas jurídicas positivas con especial carga moral, como principios y valores mencionados en las [C]onstituciones, o normas extrapositivas, no positivadas, que sin embargo también serían parte del Derecho), ofrecen un referente cierto y objetivo al juez, ya sea porque desde esa amalgama jurídico-moral se presupone una única respuesta correcta para cada caso difícil, ya porque en tal conjunción se encuentran por lo menos las reglas que excluyen toda una serie de soluciones positivamente posibles como soluciones incorrectas”³⁶⁵. En lo que sigue trataré de justificar que la teoría de Hart es una mejor explicación del problema de la interpretación jurídica.

62 y 65. Sobre la respuesta de Alexy, véase R. ALEXY, “Postfacio: Respuesta a algunos críticos”, en *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., pp. 291-318, en especial pp. 291, 311, 312 y 316.

³⁶³ M. ATIENZA, *Las razones del Derecho...*, cit., pp. 203-208 y 216-218.

³⁶⁴ M.E. SALAS, *Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...*, cit., p. 129.

³⁶⁵ J.A. GARCÍA AMADO, “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica?: Acotaciones breves a un debate intenso”, *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 441-450, en especial p. 447.

3.2. Positismo jurídico hartiano y el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional

En el apartado anterior mostré algunas respuestas al problema de la interpretación jurídica. Distinguí entre las tesis de la indeterminación radical del Derecho y la de la determinación radical del Derecho. Dije que a mi forma de ver las cosas la primera, es decir, la tesis de la indeterminación radical del Derecho es defendida por el realismo jurídico, por lo menos, en las variedades americana, escandinava y genovesa. Señalé que en mi opinión la segunda, esto es, la tesis de la determinación radical del Derecho se identifica por ejemplo con la teoría de Dworkin. Apunté, sin embargo, que es posible hablar de una teoría intermedia entre estos planteamientos. Se trata de la tesis de la indeterminación parcial del Derecho, que identifiqué con la teoría de Hart. En este subapartado no es mi propósito detenerme en las objeciones que se han formulado al realismo jurídico³⁶⁶ o bien, al planteamiento de Dworkin. Algunas críticas a la teoría de

³⁶⁶ A. AARNIO, “¿Cambio o evolución?”, s.t., en VV.AA., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, cit., p. 112; E. GARCÍA MÁYNEZ, “Realismo sociológico-jurídico”, en *Id.*, *Positismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, cit., p. 122; R. GUARINONI, *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, cit., p. 81; H.L.A. HART, “Definición y teoría en la ciencia jurídica” (1953), en *Id.*, *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138, en especial p. 101 (H.L.A. HART, “Definition and theory in jurisprudence”, *Oxford University Press*, 1953, clase inaugural dictada en la Universidad de Oxford el 30 de mayo de 1953); *Id.*, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2007, pp. 2, 130, 131, 170, 171 y 175 (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Londres, 1961); *Id.*, “Introduction”, a *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 1-18, en especial pp. 13 y 14; *Id.*, “Scandinavian Realism” (1959), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, cit., pp. 164-167; L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, cit., p. 261; H. Kelsen, *Sociedad y naturaleza: Una investigación sociológica* (1943), trad. de J. Perriau, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 398 (H. Kelsen, *Society and nature*, The University of Chicago Press, Chicago, 1943); *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945), trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., 4ª reimp., México, 1988, pp. 200 y 201 (H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945); *Id.*, “Una teoría ‘realista’ y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vásquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, cit., pp. 11, 13, 22 y 23; R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., p. 62; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), trad. de J.M. Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 233 (N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, Stanford University Press, 2ª ed., 1981); C.I. MASSINI CORREAS, “Su fundamento: Los fundamentos del Derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey”, en *Id.*, *Sobre el realismo jurídico*, cit., pp. 29-52, en especial p. 35 (C.I. MASSINI CORREAS, “Su fundamento: Los fundamentos del Derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey”, *Idearium. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, núm. 1, s.a.); J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 119 y 160; L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de Teoría del Derecho*, cit., p. 245; *Id.*, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 140; L. RECASÉNS SICHES, “Estudio Preliminar” (1934), a H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado* (1926), trad. de L. Recaséns Siches y J. de Azcárate, Colofón, 2ª ed., México, 2000, pp. 5-101, en especial p. 31; J.G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, cit., p. 218; A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho...*, cit., pp. 70 y 80; y S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (1998), McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 64.

Hart, por otro lado, han sido mostradas a lo largo de esta investigación. Me interesa, en cambio, como se acaba de decir, intentar justificar que el positivismo jurídico hartiano es la mejor explicación del problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional. Sin embargo, comenzaré por poner en duda algunos de los presupuestos a partir de los que el neoconstitucionalismo afirma el argumento objeto de este capítulo, que, conviene repetirlo, es la imposibilidad del positivismo para explicar aquel problema.

Como decía, el neoconstitucionalismo sostiene que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales requiere de nuevas técnicas o, por lo menos, distintas a las de la ley para interpretar la Constitución, como por ejemplo a través de la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica. Esta es la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional, que las teorías neoconstitucionalistas señalan como un rasgo del Derecho del Estado constitucional. Estimo que esta tesis no es plausible. Ya señalé que a mi modo de ver no existe diferencia alguna entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de la ley. Así, conviene repetirlo, coincido con Barranco cuando defiende que: “[a]unque la interpretación de la Constitución [...] plantea toda una serie de retos en relación con la concepción “tradicional” de esta operación, éstos ya se presentaban bajo una apariencia diferente antes de que se empezara a hablar del Estado constitucional. Por tanto, a [su] modo de ver, las diferentes teorías elaboradas en relación con la interpretación constitucional suponen una nueva forma de presentar problemas antiguos, que como tales ya existían y que tampoco habían logrado ser resueltos por el paradigma metodológico dominante en la práctica jurídica”³⁶⁷. Digo que la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional no es plausible, porque si es posible hablar de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX en Europa, como dicho sea de paso concluí en el capítulo cuarto, no alcanzo a ver por qué serían necesarias nuevas técnicas de interpretación.

Es innegable, sin embargo, que a partir de mediados del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial, en Europa, las Constituciones tienen contenidos materiales, que pueden presentar algunos problemas de interpretación. En este contexto, el neoconstitucionalismo afirma que el método jurídico tradicional, que presupone defiende el positivismo jurídico, es una explicación insuficiente del problema de la

³⁶⁷ M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, cit., p. 92.

interpretación del Derecho del Estado constitucional. El problema, sin embargo, es que no está del todo claro qué se quiere decir cuando se habla del método jurídico tradicional³⁶⁸. A mi forma de ver las cosas, sin embargo, hoy en día no hay autor positivista alguno que defienda este método³⁶⁹, por lo que me inclino a pensar que el presupuesto del neoconstitucionalismo pierde fuerza.

Las teorías neoconstitucionalistas, sin embargo, insistirían en la imposibilidad del positivismo jurídico para explicar el problema de la interpretación de este tipo de sistema jurídico, porque la tesis de la discrecionalidad judicial y el poder de creación de Derecho por parte del juez, que de acuerdo con el neoconstitucionalismo defiende el positivismo jurídico, es una explicación insuficiente, pues como ya se decía, la incorporación en la Constitución de contenidos materiales requiere de otras técnicas como la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica.

³⁶⁸ R. de ASÍS ROIG, *Jueces y normas...*, cit., p. 91; M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, cit., p. 246; *Id.*, *Las razones del Derecho...*, cit., p. 63; M.C. BARRANCO AVILÉS, “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red...*, cit., pp. 603-613; N. BOBBIO, *El positivismo jurídico: Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1961), trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 79, 80, 97 y 216-218; B. DIETRICH, “Función de las instituciones judiciales”, en W. ABENDROTH y K. LENK, *Introducción a la Ciencia Política* (1968), trad. de M. Faber-Kaiser, Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 227-245, en especial p. 228; C. DUCCI CLARO, *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, cit., p. 21; J.A. GARCÍA AMADO, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, cit., pp. 153-155; *Id.*, *Retórica, argumentación y Derecho*, cit., pp. 131 y 132; *Id.*, *Tópica, Derecho y método jurídico*, cit., p. 178; E.P. HABA, *Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial...*, cit., p. 12; R. KÜHNEL, “El Liberalismo”, en W. ABENDROTH y K. LENK, *Introducción a la Ciencia Política*, cit., pp. 59-90, en especial p. 61; F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Teorías de la argumentación jurídica...*, cit., p. 283; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982, p. 191; L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 28; *Id.*, *Ley, principios, derechos*, cit., pp. 15 y 16; M.E. SALAS, *Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...*, cit., pp. 115 y 116; U. SCHMILL y J.R. COSSÍO, “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 67; M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., pp. 235-240; G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho*, trad. de I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, pp. 64, 65, 67, 70, 71, 72, 73, 75, 76, 77 y 78; R.J. VERNENGO, *La interpretación jurídica*, cit., p. 67; J. WRÓBLEWSKI, “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*” (1974), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 295-312, en especial p. 298 (J. WRÓBLEWSKI, “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*”, *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 1974, pp. 7-20, reproducido en J. Wróblewski, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, ed. A. Aarnio, Helsinki, 1979, pp. 140-165; Helsinki, pp. 157-179); e *Id.*, “Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial” (1978), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 333 y 334.

³⁶⁹ N. BOBBIO, “Aspectos del positivismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 101-121, en especial p. 116 (N. BOBBIO, “Giusnaturalismo e positivismo giuridico”, en *Diritto e cultura moderna*, dirección de R. Treves y U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1965); *Id.*, “Formalismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, cit., pp. 83-100, en especial p. 96; J.A. GARCÍA AMADO, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, cit., p. 170; N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 13; M.E. SALAS, *Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica...*, cit., p. 125; y J. WRÓBLEWSKI, “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología” (1972), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 150.

El juez tiene la obligación de resolver a través de una decisión los casos que se le presenten. Se trata de lo que se conoce como la prohibición del *non liquet*³⁷⁰, establecida desde el artículo 4º del Código Civil francés de 1804³⁷¹. En este trabajo defenderé que el juez al tomar esta decisión tiene discreción y crea Derecho. No me voy a detener, sin embargo, en mostrar qué es la discrecionalidad judicial³⁷² o bien, el poder de creación de Derecho por parte del juez³⁷³ ni en el debate sobre su déficit de legitimidad democrática frente al legislador³⁷⁴. En cambio, me interesa prestar atención a la decisión judicial. Sobre lo que quiero llamar la atención es que uno de los problemas más interesantes que tienen que ver con la decisión judicial es el de la interpretación, al que dicho sea de paso dediqué este capítulo. Como se vio en el apartado anterior, conviene insistir en que se han formulado algunas respuestas a este problema, como lo son las tesis de la indeterminación radical del Derecho y la de la determinación radical del Derecho. Sin embargo, me inclino a pensar que estas tesis no son plausibles.

Estimo que la tesis de la determinación radical del Derecho, que identifico con la teoría de Dworkin, no es plausible, porque como ya se dijo en el capítulo primero, siguiendo a Hart, si los hechos morales objetivos no existen el juez tiene discreción y crea Derecho. Visto de otra forma, la tesis de la determinación radical del Derecho sólo sería

³⁷⁰ P. COMANDUCCI, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, cit., pp. 11-39, en especial p. 36; J.B. ETCHEVERRY, “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del Derecho”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos...*, cit., pp. 91-109, en especial p. 95; A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico...*, cit., p. 55; K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho...*, cit., p. 196; O. PÉREZ de la FUENTE, “Dilemas constitucionales y decisiones judiciales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp. 435-460, en especial p. 436; B. RÜTHERS, *Teoría del Derecho...*, cit., pp. 172, 173 y 448; M. SAAVEDRA, “Poder Judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad” (1988), en *Id.*, *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, cit., pp. 77-96, en especial p. 87 (M. SAAVEDRA, “Poder Judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad”, *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 1, Granada, 1988); y C. de SILVA, “La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 149.

³⁷¹ N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, cit., p. 17; R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 152 y 153; y F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Teorías de la argumentación jurídica...*, cit., p. 283.

³⁷² J.B. ETCHEVERRY, “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del Derecho”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos...*, cit., p. 102; J.A. GARCÍA AMADO, “Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, cit., p. 246; *Id.*, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, cit., p. 151; L. PRIETO SANCHÍS, “Prólogo”, a S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, cit., pp. XIII y XIV; y M. SEGURA ORTEGA, *Sobre la interpretación del Derecho*, cit., p. 111.

³⁷³ R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, cit., p. 13; H.G. BOUVIER, *Lenguaje y Teoría del Derecho...*, cit., p. 51; H. Kelsen, *Compendio de Teoría General del Estado*, cit., pp. 195 y 196; e *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado*, cit., pp. 177 y 178.

³⁷⁴ R. LARA CHAGOYÁN, “Sobre la estructura de las sentencias en México: Una visión crítica y una propuesta factible”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., p. 121; y L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 117.

verdadera si y en la medida en que, como dice Comanducci, se cumplieran al menos dos condiciones: “a) si existiese una moral objetiva, conocida y observada por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y observada por los jueces); [y] b) si los jueces observaran siempre las prescripciones de Dworkin (o de Alexy) y construyeran un sistema integrado de Derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran elegir para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor”³⁷⁵. No creo, sin embargo, que en nuestras sociedades alguna de estas condiciones se cumpla. Es decir, me inclino a pensar que no existe una moral objetiva. Pero aun concediendo que existiera, como dice García Amado, “siempre queda pendiente la cuestión epistemológica: puesto que en una sociedad plural y de libertades con toda legitimidad rigen socialmente múltiples y muy variadas concepciones sobre qué sea lo justo, a qué obliga la solidaridad o en qué consiste el desarrollo libre de una auténtica personalidad, ¿cómo puede conocer ese juez el verdadero contenido de tales valores o principios, a fin de que podamos confiar en que no haga pasar por tales lo que no son más que sus personales convicciones sobre el particular?”³⁷⁶.

No voy a reiterar aquí mi rechazo por la idea de una moral objetiva, en la que el juez encuentra la única respuesta correcta para cada caso. Lo que quiero decir es que, si no admitimos la existencia de la moral objetiva o bien, la posibilidad de conocerla, la tesis de la determinación radical del Derecho pierde fuerza, y de este modo no es una respuesta adecuada al problema de la interpretación jurídica. Y es que además si miramos la tesis de la determinación radical del Derecho como la ausencia de lagunas en el sistema jurídico, creo que también hay buenas razones para no admitir esta idea. Pues, aunque no me voy a ocupar de las lagunas como lo dije en el capítulo anterior, sí estimo cierto que “el legislador, por muy pormenorizadas que sean las normas que dicte, nunca puede llegar a una previsión de todas las circunstancias concurrentes en cada conflicto de la vida

³⁷⁵ P. COMANDUCCI, “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 92. En otro trabajo, P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y Neoconstitucionalismo”, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho*, cit., p. 86, explica su rechazo por una moral objetiva, “no tanto por discutidas razones metaéticas, que afirman la inexistencia de una moral objetiva, sino por razones fácticas. De hecho: a) suponiendo incluso que exista, la moral objetiva no es conocida ni compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, están caracterizadas por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus propias decisiones, y no construyen un sistema consistente de [D]erecho y moral para resolver los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera que sea el significado, aún el más débil, que queramos atribuirle a esta palabra)”.

³⁷⁶ J.A. GARCÍA AMADO, *¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?*, cit., p. 167.

real”³⁷⁷ o, lo que es lo mismo, considero que es verdad que “las normas generales no pueden prever todos los hipotéticos y futuros casos que la vida pueda plantear”³⁷⁸. Vista de este modo, insistiría en que la tesis de la determinación radical del Derecho pierde fuerza.

En mi opinión, por otro lado, la tesis de la indeterminación radical del Derecho no es una respuesta plausible al problema de la interpretación jurídica. Como señalé, no me voy a detener en las objeciones que se han formulado al realismo jurídico. Me limito a apuntar, por ejemplo, que no es posible admitir con el realismo americano que el Derecho se reduce a la decisión del juez, ni resulta admisible como lo dice el realismo escandinavo que validez es eficacia. Me voy a detener, sin embargo, en el concepto amplio de interpretación jurídica que defiende el realismo genovés. A mi modo de ver, este concepto no es plausible. En este trabajo defenderé un concepto restringido de interpretación jurídica. Lo que quiero decir es que considero que si el texto es claro no requiere interpretación. Como se dijo en el primer apartado, el Derecho se expresa a través del lenguaje natural. Es cierto que las palabras en las que se expresan las normas jurídicas pueden ser vagas³⁷⁹, ambiguas³⁸⁰ e, incluso, emotivas³⁸¹. Es decir, con Waismann, “el lenguaje es plástico, sumiso a la voluntad expresiva, aún al precio de cierta oscuridad”³⁸². Pero creo que tiene razón Hart cuando dice que las palabras tienen un núcleo de significado indiscutido y una penumbra de incertidumbre. Las palabras no tienen un significado por sí mismas. El significado es producto, entre otras cosas, de las reglas compartidas del lenguaje, del uso de las palabras o bien, del contexto. Digo que Hart tiene

³⁷⁷ R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Una Teoría del Derecho...*, cit., pp. 83 y 84.

³⁷⁸ M. SEGURA ORTEGA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 219.

³⁷⁹ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, cit., pp. 63 y 64; R. GUASTINI, “Norma: Una noción controvertida”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., p. 102; *Id.*, “Problemas de interpretación”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 57-70, en especial pp. 60, 62 y 63; M. IGLESIAS VILA, *Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional*, cit., p. 86; M.C. REDONDO, *Teorías del Derecho e indeterminación normativa*, cit., p. 187; B. RUSSELL, *El conocimiento humano*, cit., p. 500; J. WRÓBLEWSKI, “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica” (1963), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 117 y 118; *Id.*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 41 y 42; e *Id.*, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica” (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 133.

³⁸⁰ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, cit., p. 61; R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., p. 56; *Id.*, “Norma: Una noción controvertida”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., p. 102; *Id.*, “Problemas de interpretación”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, cit., pp. 60, 63, 64, 65 y 67; y J. WRÓBLEWSKI, “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica” (1963), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 118.

³⁸¹ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, cit., p. 116.

³⁸² F. WAISMANN, “Mi visión de la Filosofía”, trad. de C. Solís, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía*, cit., pp. 491-528, en especial p. 513 (F. WAISMANN, “How I see Philosophy”, *Contemporary British Philosophy*, edición de H.A. Lewis, George Allen and Unwin, Ltd., Londres, s.a.).

razón porque el intérprete puede comprender ese núcleo de significado. En este caso no se requiere interpretación. Pero como se acaba de decir, las palabras pueden presentar también una penumbra de incertidumbre en la que el intérprete tiene dudas sobre su significado. En este supuesto, sí es necesaria la interpretación.

Sostener, por otro lado, un concepto amplio de interpretación jurídica quiere decir, por lo menos según el realismo genovés, que antes de la interpretación no es posible hablar de normas jurídicas. No comparto esta idea. Estimo que decir como lo hace el realismo genovés que no hay norma sin interpretación nos lleva a un regreso al infinito³⁸³. Pues, como señala Bouvier, “si todo texto necesita una interpretación, y un texto interpretado da lugar a otro texto, entonces se necesitará una interpretación para este texto. Y así al infinito”³⁸⁴. Y es que además admitir con el realismo genovés que no es posible hablar de normas jurídicas antes de la interpretación haría imposible la legislación. Lo que quiero decir es que, si esta tesis fuera verdadera, como reseña Hierro, “parece que el legislador, cuando aprueba un enunciado normativo, no manda, prohíbe o permite nada, no quiere decir nada; se limita a ofrecer a los jueces y juristas unas cuantas palabras para que ellos se entretengan en dotarlas de sentido normativo”³⁸⁵. Idea que no parece admisible. Digo que afirmar como lo hace el realismo genovés que antes de la interpretación no es posible hablar de normas jurídicas haría imposible la legislación pues, como advierte Navarro, no debemos perder de vista que: “[l]a legislación refleja el intento de determinar normativamente ciertas acciones. Estos intentos reflejan decisiones que se formulan en un lenguaje compartido por los miembros de una cierta comunidad y

³⁸³ P. NAVARRO, *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, cit., pp. 104 y 105, sostiene, por ejemplo, que: “[p]ara que las decisiones interpretativas tengan relevancia práctica, el intérprete necesita comunicar su decisión a otros órganos e individuos, e.g. a las autoridades de aplicación, y esta relación comunicativa presupone un lenguaje compartido entre autoridad y destinatarios. En ausencia de este lenguaje compartido, la decisión semántica del intérprete también resultaría indeterminada y sería necesario siempre otra decisión de un nuevo intérprete para darle significado a las estipulaciones del primer intérprete. Por consiguiente, TI [tesis de la inevitabilidad] conduce a un dilema: o bien enfrentamos un regreso al infinito de decisiones interpretativas o bien admitimos que las palabras tienen significado con independencia de las decisiones del intérprete [...] El primer cuerno del dilema es inadmisibles para TI [tesis de la inevitabilidad] ya que sus partidarios pretenden ser escépticos acerca del significado *pero no* acerca de la existencia de normas, que pueden comunicarse a sus destinatarios, motivar el comportamiento y ser aplicadas por órganos de ejecución [...] El segundo cuerno del dilema conduce a reconocer que el significado de las palabras no depende de las decisiones del intérprete, y ello socava la misma base de TI [tesis de la inevitabilidad]. Parece incoherente sostener que las palabras no tienen significado *antes* de las decisiones interpretativas, pero sí *después* de las decisiones interpretativas. A su vez, si las palabras tienen un significado previo a las decisiones interpretativas, entonces las normas no dependen de decisiones interpretativas y, por consiguiente, no sería verdad que la interpretación es inevitable”.

³⁸⁴ H.G. BOUVIER, *Lenguaje y Teoría del Derecho...*, cit., p. 38.

³⁸⁵ L.L. HIERRO, “Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, cit., p. 225.

las valoraciones de las autoridades normativas. Las decisiones interpretativas comparten ambas características de la legislación, es decir: el intérprete usa un lenguaje común a una cierta comunidad y basa sus decisiones en ciertas valoraciones. Por esta razón, el argumento de la inevitabilidad de la interpretación parece destinado al fracaso. Si la legislación es imposible como técnica de regulación del comportamiento, entonces la interpretación -que comparte sus rasgos centrales- no puede superar esta deficiencia. Ello conduce a un escepticismo radical incompatible con el análisis no sólo de las prácticas interpretativas sino también de la idea de que es posible motivar conductas mediante instrucciones o normas”³⁸⁶. Creo, en fin, a diferencia del realismo genovés, que sí es posible hablar de Derecho antes de la interpretación, pues considero que Hart tiene razón cuando llama nuestra atención sobre la necesidad de, por lo menos, dos reglas previas a la decisión de un juez. Una que diga quién es juez y otra que señale cómo resuelve. Pero como apunté no me voy a detener en las objeciones al realismo jurídico. No quiero dejar de mencionar, sin embargo, que admitiría que el realismo genovés tiene razón si lo que quiere decir con el concepto amplio de interpretación jurídica, es que lo que cuenta como Derecho es la decisión de una autoridad final³⁸⁷.

En definitiva, frente a las tesis de la indeterminación radical del Derecho y la de la determinación radical del Derecho, defiendo que la tesis de la indeterminación parcial del Derecho es una mejor explicación del problema de la interpretación jurídica. El neoconstitucionalismo, sin embargo, insistiría en que para dar respuesta al problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional no es suficiente decir que el juez tiene discreción, crea Derecho, y que este es parcialmente indeterminado, porque conviene reiterar que de acuerdo con estas teorías la incorporación en la Constitución de contenidos materiales requiere de otras técnicas como la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica. Frente a estas objeciones, como ya señalé, defendería que, si antes de mediados del siglo XX es posible hablar de contenidos materiales incorporados en la Constitución, no alcanzo a ver por qué serían necesarias

³⁸⁶ P. NAVARRO, *Acerca de la inevitabilidad de la interpretación*, cit., pp. 121 y 122.

³⁸⁷ A. AARNIO, “¿Una única respuesta correcta?”, s.t., en VV.AA., *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, cit., pp. 9-45, en especial p. 10; H. KELSEN, “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 207-344, en especial p. 313 (H. KELSEN, “Los fundamentos de la democracia”, se presentó por primera vez en forma de conferencias patrocinadas por la Charles R. Walgreen Foundation for the study of American Institutions, en la Universidad de Chicago, en abril de 1954; después se publicó como “Foundations of Democracy”, en *Ethics*, LXVI, 1955); L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., p. 128; y U. SCHMILL y J.R. COSSÍO, “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 62.

nuevas técnicas. O, dicho de otra forma, en mi opinión, la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional no es plausible. Así, estoy de acuerdo con Prieto cuando advierte que “aun cuando aceptásemos que los principios supongan una teoría de la interpretación propia, en ningún momento se ha dicho que los principios sean exclusivos de la Constitución. Las pautas normativas que suelen recibir el nombre de principios, como la libertad o la igualdad, estaban y siguen estando presentes en las leyes en forma de apelación al orden público, a la moralidad, a la equidad, etc.; y no [cree] que a primera vista se adivinen diferencias en la forma de aplicación de todas estas pautas”³⁸⁸. Y es que además si antes de la segunda mitad del siglo XX es posible hablar de la justificación de las decisiones judiciales³⁸⁹, no creo que la necesidad de una teoría de la argumentación jurídica sea una novedad del Derecho del Estado constitucional.

Debo admitir, sin embargo, que una de las aportaciones más interesantes del neoconstitucionalismo es llamar nuestra atención sobre nuevas técnicas como la ponderación, y su propuesta de diferentes comprensiones de la teoría de la argumentación jurídica. Es cierto que, como dice Hart, el juez tiene discreción, crea Derecho, y que este es parcialmente indeterminado. Pero en la teoría de Hart no es posible encontrar una

³⁸⁸ L. PRIETO SANCHÍS, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., p. 136.

³⁸⁹ R. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 208; M. CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, cit., p. 125; P. COMANDUCCI, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho*, cit., p. 94; *Id.*, *Razonamiento jurídico...*, cit., pp. 49 y 87; F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” (1994), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial*, cit., p. 160; R. GUASTINI, *Interpretar y argumentar*, cit., pp. 233 y 252; *Id.*, “Los principios en el Derecho positivo”, en *Id.*, *Distinguiendo...*, cit., pp. 165 y 166; G.J.R. GUTIÉRREZ OCEGUEDA, “Reflexiones epistemológicas sobre la argumentación judicial por analogía”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., pp. 194 y 195; R. LARA CHAGOYÁN, “Sobre la estructura de las sentencias en México: Una visión crítica y una propuesta factible”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México*, cit., p. 100; R. LARIOS VELASCO y L. CABALLERO GUTIÉRREZ, *Las directivas de interpretación jurídica*, cit., pp. 59 y 60; J.J. MORESO MATEOS y J.M. VILAJOSANA RUBIO, *Introducción a la Teoría del Derecho*, cit., pp. 177 y 178; L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, cit., pp. 87 y 88; J. WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., pp. 57 y 62; *Id.*, “El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica” (1984), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 214; *Id.*, “Ideología de la aplicación judicial del Derecho” (1974), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 69 y 83; *Id.*, “Introducción”, a *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 15 y 16, en especial p. 15; *Id.*, “Justificación de las decisiones jurídicas” (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 45 y 57; *Id.*, “La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., pp. 231-258, en especial p. 232 (J. WRÓBLEWSKI, “La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación”, publicado en Ch. Perelman y P. Foriers (eds.), *La preuve en droit*, Bruselas, 1981, pp. 331-355); e *Id.*, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica” (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., p. 142. Para una crítica a la justificación de las decisiones judiciales, véase J.A. GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, cit., p. 165. En relación con la necesidad de justificar las decisiones de otros operadores jurídicos como por ejemplo del legislador, véase E. DÍAZ GARCÍA, *Curso de Filosofía del Derecho*, cit., p. 149.

propuesta como la ponderación ni una teoría de la argumentación jurídica. La siguiente cita de MacCormick es larga, pero creo que conviene reproducirla a fin de explicar esta última idea. Efectivamente, dice MacCormick, “merece la pena observar, como han hecho otros, que lo que Hart ofreció en *CL* [*The Concept of Law*] fue, como mucho, una teoría esquemática y en esbozo sobre el razonamiento y la aplicación del [D]erecho, y que no desarrolló después ninguna explicación más amplia de estas cuestiones. La dirección que tomó su investigación fue siempre la explicación estructural de los elementos de un sistema jurídico y de su carácter sistemático. Es un tanto perverso leer su libro como si éste abordara de forma central preguntas que son algo periféricas dentro de sus preocupaciones fundamentales -y esto es perverso aunque el crítico piense que éstas son las cuestiones más urgentes que se dirigen a la [F]ilosofía del [D]erecho-. La mayor parte de lo que Hart tenía que decir sobre aplicación del [D]erecho fue desarrollado como parte de su esfuerzo por progresar a través de un camino intermedio entre el formalismo y el escepticismo ante las reglas, y no constituyó una materia fundamental dentro de su obra. Respondiendo a las críticas de L.L. Fuller, de sus seguidores y de Ronald Dworkin, Hart confesó que, en efecto, era preciso desarrollar una teoría del razonamiento jurídico más elaborada de la que él mismo era capaz de hacer”³⁹⁰. Lo quiero decir es que, si las teorías neoconstitucionalistas reclaman una teoría de la argumentación jurídica para responder el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional, el positivismo jurídico hartiano es una explicación necesaria pero insuficiente. Digo que es insuficiente, conviene repetirlo, porque no ofrece una teoría de la argumentación, pero sostengo que es necesaria, porque no alcanzo a ver un mejor punto de partida para explicar el problema de la interpretación en este tipo de sistema jurídico que la teoría del profesor Hart.

Una de las conclusiones de este capítulo es que el argumento del neoconstitucionalismo según el cual el positivismo jurídico es insuficiente para explicar el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional parte de algunos presupuestos que no son plausibles. Digo esto porque en mi opinión no hay autor positivista alguno que afirme el método jurídico tradicional o, por lo menos, debe quedar claro que la defensa de este método se corresponde con un tipo de positivismo que no es el contemporáneo. No creo que la tesis de la especificidad de la interpretación

³⁹⁰ N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), trad. de J.M. Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 295 (N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), Stanford University Press, 2ª ed., 2008).

constitucional sea verdadera ni que la justificación de las decisiones judiciales sea un rasgo de este tipo de sistema jurídico. Otra conclusión es que, a mi forma de ver las cosas, el Derecho no está radicalmente determinado, porque si los hechos morales objetivos no existen el juez tiene discreción y crea Derecho. Estimo, por otro lado, que el Derecho no está radicalmente indeterminado, pues antes de la interpretación sí es posible hablar de normas jurídicas.

Es cierto que el Derecho se expresa a través del lenguaje. Y es verdad también que las palabras pueden ser vagas, ambiguas e, incluso, emotivas, pero decir que no tienen significado alguno antes de la interpretación me parece una idea que no es admisible. Así, creo que Hart tiene razón cuando sostiene que las palabras tienen un núcleo de significado indiscutido que el intérprete puede comprender, pero también pueden presentar una penumbra de incertidumbre en la que el intérprete requiere determinar el significado. Así, otra de las conclusiones de este capítulo es que la mejor explicación del problema de la interpretación jurídica es la afirmación según la cual si el texto es claro no requiere interpretación. Se trata de una teoría intermedia de la interpretación jurídica, que dicho sea de paso defiende Hart. Además, coincido con Hart en que el juez tiene discreción y crea Derecho, así como comparto la idea de que este es parcialmente indeterminado. Me inclino a pensar que esta es una explicación necesaria del problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional.

Debo admitir, sin embargo, que es insuficiente, porque estimo que las teorías neoconstitucionalistas tienen razón cuando llaman nuestra atención sobre la necesidad de utilizar otras técnicas como la ponderación y, en última instancia, de una teoría de la argumentación jurídica. Además, si nos detenemos por un momento en la importancia que las convenciones tienen en la teoría de la interpretación de Hart, veríamos que quizás se trata de un planteamiento insuficiente, si admitimos la crítica de Dworkin según la cual las discusiones jurídicas no tienen que ver con el consenso sobre el sentido de las palabras, sino con las condiciones en las que se justifica la coacción. De este modo, la conclusión de este capítulo es que el positivismo jurídico hartiano es una explicación necesaria pero insuficiente del problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Algunos de los presupuestos a partir de los que el neoconstitucionalismo formula su crítica al positivismo jurídico son discutibles. Hablando de la tesis del Derecho como sistema normativo mixto, las teorías neoconstitucionalistas pierden de vista la relevancia que los contenidos materiales tienen en la teoría de Kelsen, ya que para este autor el Derecho no puede tener cualquier contenido, pues los valores, principios y derechos fundamentales de acuerdo con su planteamiento determinan de algún modo el contenido de las leyes. En relación con el problema de la interpretación jurídica, el neoconstitucionalismo se equivoca al suponer que el positivismo afirma el método jurídico tradicional o, por lo menos, debe quedar claro que la defensa de este método se corresponde con un tipo de positivismo que no es el contemporáneo. La discusión más interesante sobre los presupuestos del neoconstitucionalismo es que no es verdad que exista una relación necesaria entre Derecho y moral, pues los contenidos materiales no son otra cosa más que normas jurídicas que son Derecho por un hecho social.

SEGUNDA.- La presencia de una Constitución entendida como norma jurídica suprema y rígida, a la que se incorporan contenidos materiales que funcionan como criterios de validez, y que condicionan la interpretación jurídica no son rasgos del Derecho del Estado constitucional. Estas ideas ya estaban presentes en algunos sistemas jurídicos antes de la segunda mitad del siglo XX. La incorporación en la Constitución de contenidos materiales no identifica el Derecho del Estado constitucional, porque es posible hablar de estos contenidos antes del final de la Segunda Guerra Mundial. Basta pensar en los modelos inglés, americano y francés. Y entonces sería difícil negar que, en algunos sistemas jurídicos anteriores al Derecho del Estado constitucional, los valores, principios y derechos fundamentales ya funcionaban como criterios de validez o bien, que condicionaban la interpretación jurídica. Hablando de esta última idea, la tesis de la especificidad de la interpretación constitucional no es verdadera ni la justificación de las decisiones judiciales es un rasgo del Derecho del Estado constitucional.

TERCERA.- El positivismo jurídico hartiano no tiene problema alguno para dar cuenta de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. La teoría de Hart no es una explicación del Derecho a partir de un modelo de reglas, ya que la tesis de la

distinción débil entre reglas y principios es correcta, y los valores, principios y derechos fundamentales son Derecho por un hecho social.

CUARTA.- La explicación que ofrece Hart sobre la validez jurídica es necesaria. Es cierto que una norma es válida si pertenece al sistema jurídico. Este planteamiento, sin embargo, es insuficiente ya que Raz tiene razón cuando afirma que una norma jurídica también puede ser válida si es aplicable en un sistema jurídico, aunque no pertenezca a él. Una línea abierta de investigación es que la respuesta al problema de la validez jurídica es que validez es obligatoriedad. Una norma es válida, esto es, obligatoria, si pertenece al sistema jurídico o bien, si es aplicable en él. Esta aproximación debe admitir la tesis de los valores, principios y derechos fundamentales como límites a la competencia de los órganos creadores y aplicadores de Derecho, así como la idea de que el Derecho es un sistema normativo dinámico, porque si afirmar el carácter mixto se reduce a la exigencia de coherencia entre normas inferiores y normas superiores, el sistema sigue siendo dinámico.

QUINTA.- El positivismo jurídico hartiano es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho en clave positivista, por lo menos frente a las versiones incluyente, y a la excluyente representada por el planteamiento de Raz. La teoría de Hart, a diferencia de la versión incluyente, resiste la crítica de Dworkin, porque si los hechos morales objetivos no existen o bien, no es posible conocerlos, el juez tiene discreción y crea Derecho. El planteamiento de Raz, aunque plausible, es poco original en algunos aspectos frente a la teoría de Hart, pues Hart, antes que Raz, ya había defendido las tesis de las fuentes sociales, de la separación conceptual entre Derecho y moral, y de la discrecionalidad judicial. El positivismo jurídico hartiano, sin embargo, no es la mejor comprensión de la Teoría del Derecho frente a las teorías neoconstitucionalistas, pues en la obra de Hart no es posible encontrar técnicas como la ponderación ni una teoría de la argumentación jurídica, aunque sería interesante investigar si otras variedades de positivismo jurídico tienen alguna propuesta. Esta investigación no debe limitarse a la Constitución, pues los contenidos materiales están presentes en el Derecho en general, y debe considerar que la respuesta al problema de la interpretación jurídica es que si el texto es claro no requiere interpretación. Se trata de una teoría intermedia, que admite la tesis de la discrecionalidad judicial, el poder de creación de Derecho del juez, y la idea de que el Derecho es parcialmente indeterminado, pues sería un error pensar que siempre habrá un principio de

moral objetiva que nos dé la única respuesta correcta o bien, que no sabemos qué cuenta como Derecho sino hasta después de la interpretación.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., “¿Cambio o evolución?”, s.t., en VV.AA., *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (2010), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 81-119.
- “Esbozo de una interpretación hermenéutica del realismo escandinavo: Reinterpretando a A. Ross”, trad. de F. Morales Luna, *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 453-469.
- “¿Una única respuesta correcta?”, s.t., en VV.AA., *Bases teóricas de la interpretación jurídica* (2010), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 9-45.
- ACKERMAN, B.A., *Del realismo al constructivismo jurídico* (1983), trad. de J.G. López Guix, Ariel, Barcelona, 1988 (B.A. ACKERMAN, *Reconstructing American Law*, Harvard University Press, 1983).
- AGAPITO SERRANO, R. de, “Prólogo”, a E.W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 9-16.
- AGUILÓ REGLA, J., “Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 247-263.
- AHUMADA, M.A., “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivism jurídico y neoconstitucionalismo* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 123-159.
- ALCHOURRÓN, C.E., “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos” (1988), trad. de E. Bulygin, en *Id* y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 291-301 (C.E. ALCHOURRÓN, “Conflicts of Norms and Revision of Normative Systems”, presentado en el Congreso de Miami, 1988).
- ALCHOURRÓN, C.E. y BULYGIN, E., “Definiciones y normas” (1983), en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 439-463 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Definiciones y normas”, *El Lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Bulygin, E.; Farrell, M.; Nino, C. y Rabasi, E. (comp.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983).
- “Introducción”, a *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. XVII-XXXVI.
- *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), trad. de C.E. Alchourrón y E. Bulygin, Astrea, 2ª reimp., Buenos Aires, 1993 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Normative Systems*, Library of Exact Philosophy, volumen 5, 1971).

- “La concepción expresiva de las normas” (1981), trad. de E. Bulygin, en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 121-153 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “The Expressive Conception of Norms”, R. Hilpinen (ed.) *New Essays in Deontic Logic*, Reidel, Dordrecht-Boston-London, 1981, 95-124).
 - “Sobre el concepto de orden jurídico” (1976), en *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 393-407 (C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, “Sobre el concepto de orden jurídico”, *Crítica*, Vol. III, No. 23, 1976).
 - *Sobre la existencia de las normas jurídicas* (1979), Fontamara, México, 1997.
- ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” (2002), trad. de D. García Pazos y A. Oehling de los Reyes, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 106-116 (R. ALEXY, “Grundrechte, Abwägung und Rationalität”, *Ars Interpretandi: Yearbook of Legal Hermeneutics* 7 (2002), pp. 113-125).
- “El concepto y la validez del Derecho”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1997, pp. 11-130.
 - “Epílogo” (2002), en *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. 511-562.
 - “Introducción”, a *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. 23-47.
 - “Introducción”, a *Id.*, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. 5-9.
 - “La fórmula del peso” (2003), trad. de C. Bernal Pulido, en *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. 349-374 (R. ALEXY, “Die Gewichtsformel”, en Joachim Jickeli *et al* eds., *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, De Gruyter, Berlín, 2003, pp. 771-792).
 - “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, trad. de A. García Figueroa, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 31-47.
 - “Postfacio: Respuesta a algunos críticos”, en *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación*

- jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. 291-318.
- “Prefacio”, a *Id.*, *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. 19 y 20.
 - “Sistema jurídico y razón práctica”, en *Id.*, *El concepto y la validez del Derecho y otros ensayos*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1997, pp. 159-177.
 - *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), trad. de M. Atienza e I. Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012 (R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1978).
 - *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012 (R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 1986).
- ÁLVAREZ ALONSO, C., “Presentación” (1996), a M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones* (1991), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 6ª ed., Madrid, 2009, pp. 11-17.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 9-13.
- ÁNGEL RUSSO, E., “Prólogo”, “La vigencia actual de un viejo juez”, a O.W. HOLMES, *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.a., pp. 7-14.
- ÁNGEL YÁGÜEZ, R. de, *Una Teoría del Derecho: (Introducción al estudio del Derecho)* (1974), Civitas, 6ª ed., Madrid, 1993.
- ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Capítulo VIII: Libertad de conciencia y de expresión en Baruch Spinoza”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo I: Tránsito a la modernidad: Siglos XVI y XVII*, dirección de G. Peces-Barba Martínez y E. Fernández García, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 637-681.
- *El positivismo jurídico neoinstitucionalista: (Una aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996.
 - “Introducción”, a *Id.*, *El positivismo jurídico neoinstitucionalista: (Una aproximación)*, Dykinson, Madrid, 1996, pp. 11-22.
 - “Introducción: Breves observaciones preliminares sobre el sentido de las clases prácticas y de este libro”, a VV.AA., *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 9-15.
 - *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (1995-1996), Dykinson, Madrid, 1997.

- “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 601-622.
 - “Prólogo”, a M.C. BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 11-17.
 - *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.
- ARAGÓN REYES, M., “La Constitución como paradigma”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 29-40.
- ARNOLD, E., “Posfacio: La “nueva ciencia” de Voegelin a la luz de la crítica de Kelsen”, trad. de J. Etorena, en H. KELSEN, *¿Una nueva ciencia de la política?: Réplica a Eric Voegelin* (1954), trad. de I. Rodríguez Villegas, Katz Editores, Buenos Aires, 2006, pp. 245-300.
- ARRÁEZ, M. *et al*, “La Hermenéutica: una actividad interpretativa”, *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, núm. 2, 2006, pp. 171-181.
- ARRIOLA, J.F., “Presentación”, a H. KELSEN, *Teoría General de las Normas* (1979), trad. de H.C. Delory Jacobs, Trillas, México, 1994, pp. 5 y 6.
- ASÍS ROIG, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2005.
- “Estudio Preliminar”, a N. BOBBIO, *El positivismo jurídico: Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1961), trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 11-32.
 - *Jueces y normas: La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - “Juez y concepto de Derecho iuspositivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 539-554.
 - “Prólogo”, a M.C. BARRANCO AVILÉS, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 13-17.
- ASÍS ROIG, R. de y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Capítulo XII: Los derechos humanos en las colonias de Norteamérica”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo I: Tránsito a la modernidad: Siglos XVI y XVII*, dirección de G. Peces-Barba Martínez y E. Fernández García, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 797-852.
- ATIENZA, M., “Constitucionalismo, globalización y Derecho”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 264-281.
- “El Derecho como argumentación” (2003), en *Id* y L. FERRAJOLI, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 1-86.

- *El sentido del Derecho* (2001), Ariel, Barcelona, 2012.
 - “Entrevista a Neil MacCormick”, *Doxa*, núm. 29, 2006, pp. 479-489.
 - *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (1991), Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimp., México, 2004.
 - “Los límites de la interpretación constitucional: De nuevo sobre los casos trágicos” (1997), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 187-213.
 - “Nota Preliminar”, a *Id.*, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (1991), Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimp., México, 2004, pp. XIII-XV.
 - “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 133-165.
 - “Sobre la interpretación jurídica, de Paolo Comanducci”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 71-79.
- ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J., “Apéndice al capítulo I: Réplica a los críticos”, en *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 26-44.
- “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 7-28.
 - “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica” (2001), en *Id.*, *Para una teoría post positivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 9-33.
 - “Las normas de mandato: principios y reglas” (1991), en *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 1-25 (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las normas de mandato: principios y reglas”, *Doxa*, núm. 10, 1991).
 - “Las reglas que confieren poderes” (1994), en *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 45-76 (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Las reglas que confieren poderes”, *Analisi e diritto*, s.n., 1994).
 - “Los enunciados permisivos” (1994), en *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 91-117 (M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Los enunciados permisivos”, *Doxa*, núm. 15-16, 1994).
 - “Los valores en el Derecho”, en *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 123-142.
 - “Presentación”, a *Id.*, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. XI-XVI.

- “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría post positivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 35-59.
 - “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría post positivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 61-86.
- ATRIA, F., “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 81-139.
- “Sobre la soberanía y lo político”, *Derecho y Humanidades*, núm. 12, 2006, pp. 47-93.
- AUSTIN, J., *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (1869), edición de R. Campbell, Scholarly Press, Inc., 12ª reimp., Michigan, 1977.
- *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis, 1998.
- AYALA, F., “Introducción”, a C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución* (1928), s.t., Nacional, México, 1981, pp. VII-XV.
- BADER ALDAVE, B., “Las tendencias del Derecho constitucional en Estados Unidos”, trad. de I. de la Garza Santos, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 11-30.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., “Constitución y ordenamiento jurídico” (1992), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 177-201 (F. BALAGUER CALLEJÓN, “Constitución y ordenamiento jurídico”, publicado en *Fuentes del Derecho, II: Ordenamiento general del Estado y ordenamientos autonómicos*, Madrid, Tecnos, 1992).
- BALKIN, J.M. y LEVINSON, S., “Los cánones en el Derecho constitucional” (1998), trad. de L. García Jaramillo, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 31-105 (J.M. BALKIN y S. LEVINSON, “Los cánones en el Derecho constitucional”, *Harvard Law Review* 111/4 (1998), pp. 963-1024).
- BARBERIS, M., “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, trad. de S. Sastre Ariza, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 259-278.
- “Un poco de realismo sobre el realismo <genovés>”, trad. de E. Cuautle Rodríguez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 201-215.
- BARRANCO AVILÉS, M.C., “Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: Una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 13-31.

- *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
 - “El papel del juez en el Estado constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, pp. 113-130.
 - “Introducción”, a *Id.*, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2000, pp. 19-24.
 - *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2000.
 - “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 339-354.
 - “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red: Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 597-616.
- BAYÓN MOHÍNO, J.C., “Democracia y derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 285-355.
- “Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 13, 2000, pp. 87-117.
 - “Introducción”, a *Id.*, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 15-40.
 - *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - “¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?”, *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 5-65.
 - “Razones y reglas: Sobre el concepto de “razón excluyente” de Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 10, 1991, pp. 25-66.
 - “Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas”, en VV.AA., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, pp. 27-73.
- BELLOSO MARTÍN, N., “Lenguaje, hermenéutica y Derecho”, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 91-138.
- BERNAL PULIDO, C., “Estudio Introductorio”, a R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., 2ª reimp., Madrid, 2012, pp. XXV-LXXX.

- “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 289-325.
- BERUMEN CAMPOS, A., “El Derecho indígena: Pluralismo jurídico o hermenéutico”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 191-263.
- BIANCHI, A.B., “Una investigación sobre la influencia de William Blackstone en los orígenes de la libertad de expresión”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 311-342.
- BIX, B.H., *A Dictionary of Legal Theory*, Oxford University Press, Nueva York, 2004.
- BOBBIO, N., “Aspectos del positivismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 101-121.
- “Ciencia del Derecho y análisis del lenguaje” (1950), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 171-196.
- “Del poder al Derecho y viceversa” (1981), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 355-367.
- “Derecho y ciencias sociales” (1971), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 219-231.
- *El positivismo jurídico: Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1961), trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- “Estructura y función en la Teoría del Derecho de Kelsen” (1973), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 235-254.
- “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho” (1950), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 73-90.
- “Formalismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 83-100.
- “Introducción”, trad. de A. Greppi, a *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 23-27.
- “Iusnaturalismo y positivismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 122-137 (N. BOBBIO, “Giusnaturalismo e positivismo

giuridico”, en *Diritto e cultura moderna*, dirección de R. Treves y U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1965).

- “La Filosofía del Derecho y sus problemas”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 60-77.
- “La naturaleza de las cosas” (1958), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 141-152.
- “La teoría pura del Derecho y sus críticos” (1954), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 117-139.
- “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho” (1962), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 91-101.
- “Normas primarias y normas secundarias” (1968), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 307-321.
- “Otras consideraciones acerca del positivismo jurídico”, trad. de E. Garzón Valdés, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 138-149.
- “Para una clasificación de las normas jurídicas” (1956), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 283-295.
- “Prólogo”, a L. FERRAJOLI, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, Trotta, 5ª ed., Madrid, 2001, pp. 13-19.
- “Situación y orientaciones”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 33-47.
- “Sobre el principio de legitimidad” (1964), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 297-306.
- “Sobre los criterios para resolver las antinomias” (1964), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 339-353.
- “Teoría de la norma jurídica” (1958), en *Id.*, *Teoría General del Derecho* (1958-1960), trad. de J. Guerrero R., Temis, 3ª ed., Bogotá, 2012, pp. 3-140.
- “Teoría del ordenamiento jurídico” (1960), en *Id.*, *Teoría General del Derecho* (1958-1960), trad. de J. Guerrero R., Temis, 3ª ed., Bogotá, 2012, pp. 143-265.

BÖCKENFÖRDE, E.W., “El poder constituyente del pueblo: Un concepto límite del Derecho constitucional” (1986), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la*

- democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 159-180 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts” (1986), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991).
- “La democracia como principio constitucional” (1987), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 47-131 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Demokratie als Verfassungsprinzip” (1987), en *Staat, Verfassung und Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991).
- “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho” (1969), en *Id.*, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. de R. de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, pp. 17-45 (E.W. BÖCKENFÖRDE, “Entstehung und wandel des Rechtsstaatbegriffs” (1969), en *Staat, Verfassung, Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1991, con añadidos de la voz <Rechtsstaat> del *Historisches Wörterbuch der Philosophie*).
- BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho* (1940), trad. de V. Herrero, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed., México, 1964 (E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, McGraw Hill, Nueva York-Londres, 1940).
- BOUTMY, E., “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek” (1902), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, pp. 123-150 (E. BOUTMY, “La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen et M. Jellinek”, *Annales des Sciences Politiques*, t. XVII, 1902, pp. 415-443).
- BOUVIER, H.G., “Lenguaje y Teoría del Derecho: Tensiones en una variante del realismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 25-51.
- BOVERO, M., “Derechos fundamentales y democracia en la teoría de Ferrajoli: Un acuerdo global y una discrepancia concreta” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 215-242 (M. BOVERO, “Diritti fondamentali e democrazia nella teoria di Ferrajoli. Un consenso complessivo e un dissenso specifico”, *Teoria Politica*, núm. XVI-3, 2000, pp. 19-39).
- BUCHANAN, R., “Reconceptualización del Derecho y la política en lo transnacional: Acercamientos pluralistas constitucionales y jurídicos”, trad. de A.M. Cepeda Duarte, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 225-248.
- BULYGIN, E., “Creación judicial del Derecho”, en VV.AA., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, pp. 75-94.
- “Creación y aplicación del Derecho”, en VV.AA., *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 29-44.

- “Dogmática jurídica y sistematización del Derecho” (1986), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 465-484 (E. BULYGIN, “Legal Dogmatics and the Systematization of Law”, *Rechtstheorie*, Beiheft, 10, 1986).
 - *El positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2006.
 - “Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea” (1980), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 371-382 (E. BULYGIN, “Kant y la Filosofía del Derecho contemporánea”, *Archivos Latinoamericanos de Metodología y Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1980).
 - “La importancia de la distinción entre normas y proposiciones normativas”, en VV.AA., *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, México, 2011, pp. 9-26.
 - “Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos”, trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 169-193 (E. BULYGIN, “Norms, normative propositions and legal statements”, G. Floistad (ed.), *Contemporary philosophy. A new survey*, vol. 3, pp. 127-152).
 - “Teoría y técnica de legislación” (1981), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 409-425 (E. BULYGIN, “Teoría y técnica de legislación”, *La Ley*, 46, 1981).
 - “Tiempo y validez” (1982), trad. de E. Bulygin, en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 195-214 (E. BULYGIN, “Time and Validity”, A.A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, North Holland Publishing Company).
 - “Validez y positivismo” (1987), en C.E. ALCHOURRÓN e *Id.*, *Análisis lógico y Derecho* (1960-1990), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 499-519 (E. BULYGIN, “Validez y positivismo”, *Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, 1987).
- BULYGIN, E. y MENDONCA, D., *Normas y sistemas normativos*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R., “Un modelo de interrelación entre Moral, Poder y Derecho. El modelo prescriptivo de Gregorio Peces-Barba”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 2, 2005, pp. 119-153.
- CABO, C. de, “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones” (1978), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 45-66 (C. de CABO, “La función histórica del constitucionalismo y sus posibles transformaciones”, *Publicaciones del Departamento de Derecho Político*, Universidad de Salamanca, 1978).

- CABO, A. de y PISARELLO, G., “Prólogo: Ferrajoli y el debate sobre los derechos fundamentales”, a VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 9-17.
- CALSAMIGLIA, A., “Ensayo sobre Dworkin”, “Prólogo” (1984), a R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 7-29.
- CALVO ALFAGEME, A., *La jurisprudencia analítica de la escuela inglesa*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho de la Universidad Central, Madrid, 1915.
- CALVO GARCÍA, M., *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.
- CAMPBELL, T., “El sentido del positivismo jurídico” (1999), trad. de A. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 5-66 (T. CAMPBELL, “The Point of Legal Positivism”, *King’s College Law Review*, núm. 9, 1999, pp. 63-87).
- “El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano”, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44.
- *Siete teorías de la sociedad* (1981), trad. de F. Rodríguez Martín, Cátedra, 3ª ed., Madrid, 1992 (T. CAMPBELL, *Seven Theories of Human Society*, Oxford University Press, 1981).
- CAMPOS ZAMORA, F.J., “Nociones fundamentales del realismo jurídico”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 122, 2010, pp. 191-220.
- CARACCIOLO, R.A., *Sistema jurídico: Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- CARBONELL, M., “El neoconstitucionalismo: Significado y niveles de análisis”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 153-164.
- “Estudio Introductorio: Jellinek y la Declaración francesa de 1789”, a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1895), trad. de A. Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 9-36.
- “Presentación”, a R. GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 7-21.
- “Presentación a la primera edición” (1999), a R. GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2000, pp. XIII-XV.
- “Presentación”, a VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. IX-XIII.

- “Presentación”, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, a VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 9-12.
 - “Prólogo”, “Luigi Ferrajoli. Teórico del Derecho y de la democracia”, a L. FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 13-22.
 - “Prólogo”, “Nuevos tiempos para el constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 9-12.
 - “Sobre la reforma constitucional y sus funciones”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 371-395.
- CARBONELL, M. y GARCÍA JARAMILLO, L., “Prólogo”, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, a VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 11-27.
- CÁRDENAS GRACIA, J., “Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 41-66.
- CARNAP, R., “Filosofía y sintaxis lógica” (1935), trad. de C. Solís, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), edición de J. Muguerza, trad. de A. Deaño et al, Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 294-337 (R. CARNAP, “Philosophy and Logical Syntax”, *Philosophy and Logical Syntax*, Routledge and Kegan Paul, Ltd., Londres, 1935).
- CARPIZO, J., “Algunas reflexiones sobre el poder constituyente” (1988), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 205-216.
- CARRIL, E.H. del, “La teoría de la interpretación y el principio *pro homine*”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 209-228.
- CARRILLO de la ROSA, Y., “El concepto y la validez del Derecho en la teoría jurídica y el neo-(o nuevo) constitucionalismo”, *Verba Iuris*, núm. 28, 2012, pp. 19-30.
- CARRIÓ, G.R., “Prefacio”, a H.L.A. HART, *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. IX-XXII.
- CASTAÑO ZULUAGA, L.O., “La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional: Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica”, *Opinión Jurídica*, núm. 15, 2009, pp. 77-96.
- CASTRILLÓN O., J.D., “La dialéctica nacional e internacional en el reconocimiento del pluralismo jurídico: El caso Colombia frente a los pueblos indígenas”, en

VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 1-31.

CHANG, R., “Raz on Reasons, Reason and Rationality: On Raz’s *From Normativity to Responsibility*”, *Jerusalem Review of Legal Studies*, s.n., 2013, pp. 1-21.

CHIASSEONI, P., “Tres ejercicios para una crítica del objetivismo moral: Con una premisa sobre la Grunphilosophie” (2008), trad. de P. Luque Sánchez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 147-185.

CIANCIARDO, J., “Los derechos de los pueblos originarios: Una aproximación desde el caso argentino”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 267-309.

--- “Prólogo”, a VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. XVII-XXVIII.

Código Civil Francés/Code Civil: Edición Bilingüe (1804), trad. de A. Núñez Iglesias, coordinación de R. Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005.

COLEMAN, J.L., “Beyond Inclusive Legal Positivism”, *Ratio Juris*, núm. 3, 2009, pp. 359-394.

--- “Negative and Positive Positivism”, *The Journal of Legal Studies*, núm. XI, 1982, pp. 139-164.

COMANDUCCI, P., “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en *Id.*, *Constitución y Teoría del Derecho* (2006), Fontamara, México, 2007, pp. 93-108.

--- “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, s.t., en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 85-121.

--- “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 75-98.

--- “La interpretación jurídica”, s.t., en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 51-70.

--- “Modelos e interpretación de la Constitución”, trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 41-67.

--- “Presentación”, a *Id.*, *Razonamiento jurídico: Elementos para un modelo*, trad. de P. Larrañaga, Fontamara, México, 1999, pp. 7-18.

- *Razonamiento jurídico: Elementos para un modelo*, trad. de P. Larrañaga, Fontamara, México, 1999.
- CONTRERAS ACEVEDO, R., “Observaciones a los razonamientos de las argumentaciones judiciales”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México* (2010), coordinación de J.A. Cruz Parceró *et al*, Fontamara, México, 2014, pp. 63-81.
- CORRAL GENICIO, J., “Un diálogo entre juristas: La reivindicación de la tópica para la inexcusable búsqueda de lo justo y razonable en Derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2001-2002, pp. 89-112.
- CORREAS, O., “Introducción”, a VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 7-14.
- “La propiedad: Reflexiones sobre la propiedad en el mundo indígena”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 121-195.
- “Las ideologías de la negación”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 127-148.
- “Los sistemas normativos de las comunidades indígenas”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 67-113.
- “Los sistemas normativos de los pueblos indígenas”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 115-126.
- “Normas y sistemas normativos”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 17-57.
- “Pluralismo normativo”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 59-65.
- “Presentación”, a VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 7-9.
- “Relaciones entre sistemas normativos”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 149-188.
- “Soberanía y autonomía”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correás, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 315-344.

- COSSÍO, J.R. y RAIGOSA, L., “Régimen político e interpretación constitucional en México” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 255-270 (J.R. COSSÍO y L. RAIGOSA, “Régimen político e interpretación constitucional en México”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, México, ITAM-Fontamara, octubre 1996, pp. 41-64).
- CRUZ, L.M., “Introducción”, a *Id.*, *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos: Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005, pp. 1-8.
- *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos: Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005.
- CRUZ PARCERO, J.A., “Los argumentos lingüísticos en la interpretación jurídica”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México* (2010), coordinación de J.A. Cruz Parceró *et al*, Fontamara, México, 2014, pp. 155-189.
- CUBELLS AGUILAR, L., “Las Juntas de Buen Gobierno Zapatistas: La construcción del pluralismo a través de la lucha por la autonomía”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 33-48.
- CUENCA GÓMEZ, P., “Acerca del carácter dinámico del sistema jurídico en la teoría de Kelsen y su compatibilidad con el constitucionalismo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 2007, pp. 1-37.
- *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.
- “La relación entre el Derecho y el poder en la Teoría pura del Derecho de H. Kelsen”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, pp. 273-296.
- “Una aproximación a la Teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”, *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 3, 2010, pp. 1-17.
- CUETO RÚA, J., “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre* (1951), trad. de C.M. Bidegain, Fontamara, México, 1991, pp. 7-22.
- CUEVAS GAYOSSO, J.L., “Soberanía nacional y autonomía territorial de los pueblos indígenas de México”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 137-151.
- DEVLIN, P., “Democracia y moralidad” (1961), en *Id.*, *La imposición de la moral* (1965), trad. de M.A. Ramiro Avilés *et al*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 137-152.
- “La moral y el Derecho contractual” (1962), en *Id.*, *La imposición de la moral* (1965), trad. de M.A. Ramiro Avilés *et al*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 93-111.

- “La moral, el Derecho cuasi-penal y el Derecho de daños” (1961), en *Id.*, *La imposición de la moral* (1965), trad. de M.A. Ramiro Avilés *et al*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 75-91.
 - “La moral y el Derecho matrimonial” (1963), en *Id.*, *La imposición de la moral* (1965), trad. de M.A. Ramiro Avilés *et al*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 113-136.
 - “La moral y el Derecho penal” (1959), en *Id.*, *La imposición de la moral* (1965), trad. de M.A. Ramiro Avilés *et al*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 47-73.
- DÍAZ GARCÍA, E., *Curso de Filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, 8ª ed., Madrid, 1981.
 - *Sociología y Filosofía del Derecho* (1971), Taurus, 2ª ed., 6ª reimp., Madrid, 1989.
- DIDIER, M.M., “Igualdad, discriminación y fecundación *in vitro*”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 229-265.
- DIETRICH, B., “Función de las instituciones judiciales”, en W. ABENDROTH y K. LENK, *Introducción a la Ciencia Política* (1968), trad. de M. Faber-Kaiser, Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 227-245.
- DOBROSIELSKI, M., “Lógica y Retórica” (1957), trad. de J. Kaminska, en Ch. PERELMAN *et al*, *Retórica y Lógica* (1959), Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1987, pp. 422-434 (M. DOBROSIELSKI, “Logika a Retoryka”, *Zeszyty Wydziału Filozoficznego Uniwersytetu Warszawskiego*, núm. 4, 1957).
- DOMINGO BARBERÁ, E., “Ejemplos de pluralidad: La legislación en materia indígena en el Estado de Quintana Roo”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 49-66.
- DOUMERGUE, E., “Los orígenes históricos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1904), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, pp. 169-223.
- DUCCI CLARO, C., *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- DWORKIN, R., *El imperio de la justicia: De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 1992 (R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986).

- “El modelo de las normas (I)” (1967), en *Id.*, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 61-101 (R. DWORKIN, “El modelo de las normas (I)”, *University of Chicago Law Review*, 1967).
 - “El modelo de las normas (II)” (1972), en *Id.*, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 102-145 (R. DWORKIN, “El modelo de las normas (II)”, *Yale Law Journal*, 1972).
 - “Igualdad, democracia y Constitución: Nosotros, el pueblo, en los tribunales” (1990), trad. de A. Stolarz, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 117-149 (R. DWORKIN, “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”, *Alberta Law Review* XXVII/2 (1990), pp. 324-346).
 - “Introducción”, a *Id.*, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 31-42.
 - “Los casos difíciles” (1975), en *Id.*, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1989, pp. 146-208 (R. DWORKIN, “Los casos difíciles”, *Harvard Law Review*, 1975).
- ERAÑA SÁNCHEZ, M., “El principio federal y la defensa de la constitucionalidad en México”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 67-89.
- ESCUADERO ALDAY, R., “De la constitucionalización a la indeterminación: Retos y desafíos del positivismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 395-415.
- *Los calificativos del positivismo jurídico: El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.
 - *Positivismo y moral interna del Derecho* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- ESQUIVEL PÉREZ, J., *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980.
- “Prefacio”, a *Id.*, *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la Teoría del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, pp. 9 y 10.
- ESTLUND, D., “Jeremy Waldron on Law and Disagreement”, *Philosophical Studies*, núm. 99, 2000, pp. 111-128.
- ESTRADA, A.J., “Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 121-157.
- ESTRADA MICHEL, R., “Tradición gaditana y presencia del jefe de Estado en el territorio mexicano: Un análisis histórico para y desde el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P.

Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 91-104.

ETCHEVERRY, J.B., “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del Derecho”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 91-109.

EZQUIAGA, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” (1994), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 157-186 (F.J. EZQUIAGA, “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 1, ITAM-Fontamara, octubre 1994, pp. 69-98).

FARIÑAS DULCE, M.J., *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.

FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo y Teoría del Derecho: Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 167-216.

--- “Contra los poderes salvajes del mercado. A favor de un constitucionalismo de Derecho privado” (2001), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 293-302.

--- “Crisis de la legalidad y Derecho penal mínimo” (2002), trad. de R. Brito Melgarejo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 251-263 (L. FERRAJOLI, “Crisis de la legalidad y Derecho penal mínimo”, U. Curi y G. Palombarini (eds.), Donzelli, Roma, 2002, pp. 9-21).

--- “Democracia constitucional y derechos fundamentales: La rigidez de la Constitución y sus garantías” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 71-115.

--- “Democracia, Estado de Derecho y jurisdicción en la crisis del Estado nacional” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 109-133.

--- “Derechos fundamentales” (1998), en *Id.*, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 37-72 (L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales”, *Teoria Politica*, núm. XIV/2, 1998).

--- “Derechos fundamentales y crítica del Derecho”, trad. de J.M. Lujambio, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 283-299.

--- “De la Carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea” (2002), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 350-362 (L. FERRAJOLI, “De la Carta de Derechos a

la formación de una esfera pública europea”, *Annali 2001 della Fondazione Lelio e Lisli Basso*, Carocci, Roma, 2002, pp. 81-92).

- “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona” (1993), en *Id.*, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 97-123 (L. FERRAJOLI, “De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona”, *Teoria Politica* 9/3 (1993), pp. 63-76).
- “Derecho y dolor” (2006), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 123-131 (L. FERRAJOLI, “Derecho y dolor”, L. Rivera, H.C. Silveira, E. Bodelón y A. Recasens (eds.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 54-59).
- *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez et al, Trotta, 5ª ed., Madrid, 2001 (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Gius Laterza y Figli, 1989).
- “Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global” (2006), trad. de N. Guzmán, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 303-326 (L. FERRAJOLI, “Derechos vitales y políticas de muerte. Por un constitucionalismo global”, en VV.AA., *Le forme del dissenso tra riformismo e globalizzazione*, Istituto Italiano per gli studi Filosofici, Napoli, 2006, pp. 167-188).
- “El derecho a la paz como norma constitutiva del Derecho internacional”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 363-370.
- “El Derecho como sistema de garantías” (1992), en *Id.*, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 15-35.
- “El <Derecho penal del enemigo> y la disolución del Derecho penal” (2006), trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 234-250 (L. FERRAJOLI, “El <Derecho penal del enemigo> y la disolución del Derecho penal”, *Questione Giustizia* 5 (2006), pp. 798-812).
- “El Estatuto de los Trabajadores: Un cambio de paradigma en sentido publicista de la relación de trabajo” (2001), trad. de R. Brito Melgarejo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 285-292 (L. FERRAJOLI, “El Estatuto de los Trabajadores: Un cambio de paradigma en sentido publicista de la relación de trabajo”, *Economia e lavoro* 2 (2001), pp. 27-32).
- “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada” (1995), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 278-284 (L. FERRAJOLI, “El futuro del Estado social y la renta mínima garantizada”, G. Azzariti et al, *Ai confini dello stato sociale*, Manifestolibri, Roma, 1995).

- “El papel de la función judicial en el Estado de Derecho” (2003), trad. de D. Bochicchio, en M. ATIENZA e *Id.*, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 87-108.
- “El paradigma del Derecho penal mínimo”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, coordinación de J.O. Sotomayor Acosta, Temis, Bogotá, 2006, pp. 59-64.
- “¿Es posible una democracia sin Estado?”, trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 137-150.
- “Garantías” (1999), trad. de G. Pisarello y A. de Cabo, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 60-76 (L. FERRAJOLI, “Garantías”, *Parole-chiave* 19 (1999), pp. 15-32).
- “Garantías y Derecho penal”, trad. de M. Gascón Abellán, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, coordinación de J.O. Sotomayor Acosta, Temis, Bogotá, 2006, pp. 3-12.
- “¿Gobierno mundial o democracia internacional?” (1993), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 81-89 (L. FERRAJOLI, “Governo mondiale o democrazia internazionale”, *Giano*, núm. 13, 1993).
- “Guerra <ética> y Derecho: Sobre la intervención de la OTAN en los Balcanes” (1999), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 37-49 (L. FERRAJOLI, “Guerra “ética” e diritto”, *Ragione Practica*, núm. 13, 1999).
- “Guerra, legitimidad y legalidad: A propósito de la primera guerra del Golfo” (1991), trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 27-35 (L. FERRAJOLI, “La guerra e il diritto”, *Politica ed economia*, núm. 6, 1991).
- “Guerra, terrorismo y Derecho: Sobre el ataque a Afganistán” (2001), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 51-64 (L. FERRAJOLI, “Terrorismo e guerra. L’alternativa del diritto”, *La rivista del Manifesto*, núm. 23, 2001).
- “Hipótesis para una democracia cosmopolita” (1999), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 91-113 (L. FERRAJOLI, “Ipotesi per una democrazia cosmopolistica”, en VV.AA., *Metamorfosi della sovranità tra stato nazionale e ordinamenti giuridici mondiali*, edición de G.M. Cazzaniga, ETS, Pisa, 1999).

- “Jurisdicción y democracia”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en VV.AA., *Garantismo y Derecho penal*, coordinación de J.O. Sotomayor Acosta, Temis, Bogotá, 2006, pp. 125-137.
- “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de L. Córdova y P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 265-282.
- “Laicidad del Derecho y laicidad de la moral” (2007), trad. de P. Salazar Ugarte, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 132-142 (L. FERRAJOLI, “Laicidad del Derecho y laicidad de la moral”, *Segno* 290 (2007), pp. 68-78).
- “La cultura jurídica en la Italia del siglo XX” (1996), trad. de P. Salazar, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 169-229.
- “La democracia constitucional” (1998), trad. de C. Courtis, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 25-41 (L. FERRAJOLI, “La democracia constitucional”, *L’accesso negato. Diritti, sviluppo, diversità*, ed. de P. Vulpiani, Armando Editore, Roma, 1998, pp. 53-66).
- “La esfera de lo indecible y la división de poderes” (2007), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 102-109.
- “La formación y el uso de los conceptos en la Ciencia Jurídica y en la aplicación de la ley”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 75-108.
- “La <guerra infinita> y el orden internacional: A propósito de la invasión de Irak” (2003), trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 65-77 (L. FERRAJOLI, “Due ipotesi sull’ONU”, *La rivista del Manifesto*, núm. 39, 2003).
- “La legalidad violenta” (1989), trad. de B. Rivaya García, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 175-191 (L. FERRAJOLI, “La legalidad violenta”, *Democrazia e diritto* 3 (1989), pp. 153-169).
- “La pragmática de la Teoría del Derecho”, trad. de J. Ferrer, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 109-139.
- “La semántica de la Teoría del Derecho”, trad. de J.J. Moreso Mateos, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 17-74.
- “La soberanía en el mundo moderno” (1994), en *Id.*, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2001, pp. 125-175.
- “La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” (2006), trad. de I. de la Iglesia *et al*, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 25-69.

- “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo” (2004), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 110-122 (L. FERRAJOLI, “Las libertades en el tiempo del neoliberalismo”, *Questione Giustizia* 2-3 (2004), pp. 333-244 (sic)).
- “Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal” (2003), trad. de N. Guzmán, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 220-233.
- “Libertad de circulación y constitucionalismo global”, trad. de G. Pisarello, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 125-135.
- “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica” (2004), trad. de P. Salazar Ugarte, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 267-277 (L. FERRAJOLI, “Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica”, *La rivista del Manifesto* 46 (2004), pp. 6-10).
- “Los derechos fundamentales en la Teoría del Derecho” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 139-196 (L. FERRAJOLI, “I diritti fondamentali nella teoria del diritto”, *Teoria Politica*, núm. XV-1, 1999, pp. 49-92).
- “Los fundamentos de los derechos fundamentales” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al.*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 287-381 (L. FERRAJOLI, “I fondamenti dei diritti fondamentali”, *Teoria Politica*, núm. XVI-3, 2000, pp. 41-113).
- “<Magistratura democrática> y el ejercicio alternativo de la función judicial” (1972), en VV.AA., *Política y justicia en el Estado capitalista*, trad. y edición de P. Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 197-216 (L. FERRAJOLI, “<Magistratura democrática> y el ejercicio alternativo de la función judicial”, en VV.AA., *L’uso alternativo del diritto I. Scienza giuridica e analisi marxista*, edición de P. Barcellona, Laterza, Bari, 1973, pp. 105-122).
- “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global” (1998), trad. de G. Pisarello, en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 397-409 (L. FERRAJOLI, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, *Isonomía*, núm. 9, 1998).
- “Pasado y futuro del Estado de Derecho” (2001), trad. de P. Allegue, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 13-29.
- *Poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011.
- “Por una esfera pública del mundo” (2001), trad. de C. Yturbe, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 327-349 (L.

FERRAJOLI, “Por una esfera pública del mundo”, *Teoria Politica* XVII/3 (2001), pp. 3-21).

- “Por una reforma democrática del ordenamiento judicial” (1973), en VV.AA., *Política y justicia en el Estado capitalista*, trad. y edición de P. Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 177-195 (L. FERRAJOLI, “Per una riforma democratica dell’ordinamento giudiziario”, *Problemi del socialismo*, núm. 18, 1973).
- “Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano” (1973), en VV.AA., *Política y justicia en el Estado capitalista*, trad. y edición de P. Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 87-114 (L. FERRAJOLI, “L’assetto istituzionale e il ruolo della magistratura nel sistema politico italiano”, *Studi Senesi*, núm. XXII, 1973).
- “Prólogo”, trad. de A. Greppi, a N. BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* (1965), edición de A. Greppi, Trotta, Madrid, 2015, pp. 9-21.
- “Prólogo a la edición española” (1995), a *Id.*, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez et al, Trotta, 5ª ed., Madrid, 2001, pp. 9-12.
- “Razón, Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio” (1997), trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 90-101.
- “Sobre el papel cívico y político de la ciencia penal en el Estado constitucional de Derecho” (1997), trad. de M. Beloff y C. Courtis, en *Id.*, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 253-264.
- “Sobre la definición de <democracia>. Una discusión con Michelangelo Bovero” (2001), trad. de N. Guzmán, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 77-89.
- “Sobre los derechos fundamentales” (2002), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 42-59 (L. FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales”, T. Mazzarese (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 95-116).
- “Tribunal Penal Internacional y constitucionalismo global” (1998), trad. de G.I. Anitua y M. Monclús Masó, en *Id.*, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez et al, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 115-124 (L. FERRAJOLI, “Una decisione storica per la quale abbiamo lavorato anche noi”, *Fondazione Lelio Basso*, núm. 3, 1998).
- “Universalidad de los derechos fundamentales y multiculturalismo” (2007), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Democracia y garantismo*, edición de M. Carbonell, Trotta, Madrid, 2008, pp. 143-152.

FERRAJOLI, L. y RUIZ MANERO, J., “Cuestiones biográficas: Trabajo intelectual y compromiso civil”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 13-30.

- “Cuestiones políticas: Diagnósticos y propuestas”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 121-155.
- “Dos modelos de Teoría del Derecho y de constitucionalismo”, en *Id.*, *Dos modelos de constitucionalismo: Una conversación*, Trotta, Madrid, 2012, pp. 31-119.
- FERRER, J. y RATTI, G.B., “Introducción”, a VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 11-14.
- FERRER BELTRÁN, J., “Sobre la posibilidad del error judicial y los desacuerdos irrecusables en el Derecho: Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 147-182.
- FERRER MAC-GREGOR, E., “Presentación”, a VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. XV y XVI.
- FERRERES COMELLA, V., “El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 356-380.
- “Justicia constitucional y democracia” (1997), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 247-303.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A., “Nuevas tendencias del Derecho constitucional en Europa”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 105-134.
- FINNIS, J., “Sobre los caminos de Hart: El Derecho como razón y como hecho”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (2007), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, compilación de M.H. Kramer *et al*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 29-58.
- FIORAVANTI, M., *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días* (1999), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 2ª reimp., Madrid, 2011 (M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Società editrice Il Mulino, Bologna, 1999).
- *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las Constituciones* (1991), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 6ª ed., Madrid, 2009 (M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, G. Giappichelli Editore, 1991).
- “Prólogo”, a *Id.*, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días* (1999), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 2ª reimp., Madrid, 2011, pp. 11-13.
- FISS, O., “¿Por qué el Estado?”, trad. de J. Malem Seña, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 105-119.

- FITZPATRICK, P., ““No cabe duda”: *Mabo* y el fracaso de la base legal”, trad. de Y.A. Molina Lozano y H. Rosas Vargas, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 199-223.
- FRANK, J., “Derecho e incertidumbre” (1951), trad. de C.M. Bidegain, en *Id.*, *Derecho e incertidumbre* (1951), trad. de C.M. Bidegain, Fontamara, México, 1991, pp. 23-141 (J. FRANK, “Short of sickness and death: A study of moral Responsibility in Legal Criticism”, *New York University Law Review*, volumen 26, octubre 1951, número 4, pp. 545-633).
- “Palabras y música: Algunas observaciones sobre la interpretación de las leyes” (1947), trad. de R.J. Vernengo, en VV.AA., *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Losada, Buenos Aires, 1951, pp. 173-209 (J. FRANK, “Words and Music: Some remarks on statutory interpretation”, *Columbia Law Review*, vol. 47, núm. 8, 1947, pp. 1259-1278, Nueva York).
- FRANKE, K., “Dignifying Rights: A Comment on Jeremy Waldron’s Dignity, Rights and Responsibilities”, *Arizona State Law Journal*, núm. 43, s.a., pp. 1177-1200.
- FROSINI, V., *Teoría de la interpretación jurídica* (1989), trad. de J. Restrepo, Temis, Bogotá, 1991 (V. FROSINI, *Lezioni di teoria dell’ interpretazione giuridica*, Bulzoni Editora, Roma, 1989).
- FULLER, L.L., *The Morality of Law* (1963), Yale University Press, 3ª reimp., Connecticut, 1967.
- GAIDO, P., “El privilegio conceptual de los participantes en la teoría de Joseph Raz”, *Isonomía*, núm. 32, 2010, pp. 149-164.
- GARCÍA AMADO, J.A., “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 151-182.
- “Derechos y pretextos: Elementos de crítica del neconstitucionalismo”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 237-264.
- “¿Es realista la teoría de la argumentación jurídica?: Acotaciones breves a un debate intenso”, *Doxa*, núm. 33, 2010, pp. 441-450.
- “Estudio Preliminar”, a H. KELSEN, *El Estado como integración: Una controversia de principio* (1930), trad. de J.A. García Amado, Tecnos, Madrid, 1997, pp. IX-XXI.
- “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, 2006, pp. 151-172.
- “Filosofía hermenéutica y Derecho”, *Azafea. Revista Filosófica*, núm. 5, 2003, pp. 191-211.
- “Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas: Comentario a las tesis de Andrés Ollero”, en VV.AA., *Derecho y moral: Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 53-116.

- “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral: Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 163-264.
- “Retórica, argumentación y Derecho”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 131-147.
- “Tópica, Derecho y método jurídico”, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 161-188.

GARCÍA de ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Civitas, 3ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1988.

- “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución” (1984), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (1984), Civitas, 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 85-174 (E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, 1984).
- “Prólogo”, a *Id.*, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (1981), Civitas, 3ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1988, pp. 19-34.
- “Prólogo al libro de Theodor Viehweg, <Tópica y Jurisprudencia>” (1964), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (1984), Civitas, 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 71-83 (E. GARCÍA de ENTERRÍA, “Prólogo”, a T. VIEHWEG, *Tópica y Jurisprudencia* (1953), trad. de L. Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1964).
- “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo” (1961), en *Id.*, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho* (1984), Civitas, 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 13-69.

GARCÍA FIGUEROA, A., “Introducción”, a *Id.*, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 27-37.

- “La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 159-186.
- “Neoconstitucionalismo, derrotabilidad y razón práctica”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 185-207.
- “Nota Preliminar”, a *Id.*, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 21-25.
- *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

GARCÍA FONG, G., “La construcción del pluralismo en Guatemala: Convenios internacionales en materia de derechos de los pueblos indígenas y su aplicación”,

en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 67-88.

GARCÍA JARAMILLO, L., “Los argumentos del neoconstitucionalismo y su recepción”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 208-246.

GARCÍA MÁYNEZ, E., “Positivismo jurídico”, en *Id.*, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (1967), Fontamara, México, 1993, pp. 9-74.

--- *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (1967), Fontamara, México, 1993.

--- “Realismo sociológico-jurídico”, en *Id.*, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (1967), Fontamara, México, 1993, pp. 75-123.

GARGARELLA, R., “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: El <constitucionalismo popular> frente a la teoría de Nino”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 403-426.

GARGARELLA, R., y MARTÍ, J.L., “Estudio Preliminar”, “La Filosofía del Derecho de Jeremy Waldron: Convivir entre desacuerdos”, en J. WALDRON, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. XIII-XLVIII.

GARZÓN VALDÉS, E., “Breves consideraciones críticas a las críticas del objetivismo moral de Pierluigi Chiassoni”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 187-200.

GASIÓ, G., “Estudio Preliminar”, a H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), trad. de R.J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995, pp. IX-XLIV.

GÉNY, F., *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo* (1899), s.t., Comares, Granada, 2000.

GIANFORMAGGIO, L., “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio”, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 87-108.

GONZÁLEZ GALVÁN, J.A., “Las decisiones políticas fundamentales en materia indígena: El Estado pluricultural de Derecho en México”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 89-110.

GONZÁLEZ LAGIER, D., “Sobre el papel de los valores en la aplicación del Derecho: (A propósito de <Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho>, de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo* (2009), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2013, pp. 41-84.

- GONZÁLEZ OCHOA, C., “Gadamer y la hermenéutica filosófica”, *Acta Poetica*, núm. 14-15, 1993-1994, pp. 309-334.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M., “La interpretación jurídica en México” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 237-254 (M. GONZÁLEZ OROPEZA, “La interpretación jurídica en México”, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, México, ITAM-Fontamara, octubre 1996, pp. 65-76).
- GREEN, L., “Introduction”, a H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Oxford University Press, 3ª ed., Londres, 2012, pp. xv-lv.
- GRIMM, D., *Constitucionalismo y derechos fundamentales* (1991), trad. de R. Sanz Burgos y J.L. Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, 2006 (D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991).
- GUARINONI, R., *La autorreferencia normativa y la validez jurídica*, Fontamara, México, 2008.
- GUASTINI, R., “Analogía”, trad. de M. Gascón, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2000, pp. 93-111.
- “Antinomias y lagunas”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2000, pp. 71-91.
- “Bobbio, o de la distinción”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 58-77.
- “Concepciones de las fuentes del Derecho”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 93-103.
- “Derechos: Una contribución analítica”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 207-223.
- “El principio de legalidad”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 111-123.
- “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 79-91.
- “Giovanni Tarello, jurista”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 46-57.
- “Imágenes de la Teoría del Derecho”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 15-28.

- *Interpretar y argumentar* (s.a.), trad. de S. Álvarez Medina, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- “Introducción a las técnicas interpretativas”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 211-235.
- “La Constitución como límite a la legislación”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 235-245.
- “La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano” (1998), trad. de J.M. Lujambio, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 147-177.
- “La garantía de los derechos fundamentales en la Constitución italiana”, trad. de A. Greppi, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 225-240.
- “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías” (1993), trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2000, pp. 1-24 (R. GUASTINI, “La interpretación: Objetos, conceptos y teorías”, *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, Giuffré, Milán, 1993, pp. 323-344).
- “Los principios en el Derecho positivo”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 142-178.
- “Norma: Una noción controvertida”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 92-109.
- “Obligación”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 110-126.
- “Ordenamiento jurídico: Un concepto problemático”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 343-355.
- “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 249-272.
- “Perspectiva dinámica de los ordenamientos”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 365-375.
- “Principios de Derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 125-145.

- “Problemas de interpretación”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2000, pp. 57-70.
 - “Reencuentro con Dworkin”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 277-286.
 - “Reencuentro con la interpretación”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 201-210.
 - “Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano”, trad. de M. Carbonell, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 179-205.
 - “¿Separación de los poderes o división del poder?”, trad. de M. Bono López, en *Id.*, *Estudios de teoría constitucional* (2001), edición de M. Carbonell, Fontamara, 2ª reimp., México, 2007, pp. 53-77.
 - “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 15-27.
 - “Tarello: La Filosofía del Derecho como metajurisprudencia”, en *Id.*, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 29-45.
 - “Técnicas interpretativas”, trad. de M. Gascón, en *Id.*, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 2000, pp. 25-56.
 - “Una teoría cognoscitiva de la interpretación”, trad. de J.J. Moreso Mateos, *Isonomía*, núm. 29, 2008, pp. 15-31.
- GÜNTHER, K., “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica” (1989), trad. de J.C. Velasco Arroyo, *Doxa*, núm. 17-18, 1995, pp. 274-302 (K. GÜNTHER, “Ein normativer Begriff der Kohärenz für eine Theorie der juristischen Argumentation”, en *Rechtstheorie*, núm. 20, 1989, pp. 163-190).
- GUTIÉRREZ OCEGUEDA, G.J.R., “Reflexiones epistemológicas sobre la argumentación judicial por analogía”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México* (2010), coordinación de J.A. Cruz Parceró *et al*, Fontamara, México, 2014, pp. 191-224.
- HABA, E.P., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial: (Realismo jurídico como alternativa *práctica* al discurso normativista de los jueces)”, *Doxa*, núm. 25, 1989, pp. 5-67.
- HABERMAS, J., “Derecho y moral: Tanner Lectures 1986”, en *Id.*, *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (1992), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2005, pp. 535-587.

- *Facticidad y validez: Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (1992), trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2005 (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1992 y 1994).

- HAMILTON, A., “El Federalista, XXII” (1787), en *Id et al, El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 85-92.

- “El Federalista, XXXIII” (1788), en *Id et al, El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 129-132.

- “El Federalista, LXXVIII”, en *Id et al, El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 330-336.

- “El Federalista, LXXXI”, en *Id et al, El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 343-351.

- “El Federalista, LXXXIV”, en *Id et al, El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 365-373.

- HAMILTON, A. y MADISON, J., “El Federalista, LIII” (1788), en *Id et al, El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. 227-231.

- HAMILTON, A. *et al*, *El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987 (A. HAMILTON *et al*, *The Federalist; a Commentary on the Constitution of the United States*, 1780).

- HART, H.L.A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id., Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 123-144 (H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, 11 *Georgia Law Review*, No. 5, 1977).

- “Commands and Authoritative Legal Reasons”, en *Id., Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 243-268.

- “Definición y teoría en la ciencia jurídica” (1953), en *Id., Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 93-138 (H.L.A. HART, “Definition and theory in jurisprudence”, Oxford University Press, 1953).

- *Derecho, Libertad y Moralidad: Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford* (1963), trad. de M.A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006 (H.L.A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, Londres, 1963).

- *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1ª reimp., Buenos Aires, 2007 (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Londres, 1961).

- “El nuevo desafío del positivismo jurídico” (1979), trad. de L.L. Hierro *et al*, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 3-18.
- “El positivismo jurídico y la separación entre el Derecho y la moral” (1957), en *Id.*, *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis*, trad. de G.R. Carrió, Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 1-64 (H.L.A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, núm. 4, 1958, pp. 593-629).
- “El Uso y Abuso de los Ejemplos”, en *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad: Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford* (1963), trad. de M.A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 117-140.
- “Introduction”, a *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 1-18.
- “Introduction” (1954), a J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis, 1998, pp. vii-xviii.
- “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence” (1970), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 265-277 (H.L.A. HART, “Jhering’s Heaven of Concepts and Modern Analytical Jurisprudence”, *Jherings Erbe, Göttinger Symposium zur 150 Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Ihering*, ed. F. Wieacker and Chr. Wollschläger, 1970).
- “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law” (1968), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 309-342 (H.L.A. HART, “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, *Ethics and Social Justice*, edited by Howard E. Kiefer and Milton K. Munitz, 1968, 1970, State University of New York Press, Albany, New York).
- “La imposición legal de la moralidad”, en *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad: Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford* (1963), trad. de M.A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 97-116.
- “Legal Duty and Obligation” (1966), en *Id.*, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 127-161 (H.L.A. HART, “Legal Duty and Obligation”, *Rivista di Filosofia*, 1966).
- “Legal Powers” (1972), en *Id.*, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 194-219 (H.L.A. HART, “Legal Powers”, *Yale Law Journal*, lxxx, 1972).
- “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*” (1965), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 343-364 (H.L.A. HART, “Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, *Harvard Law Review*, vol. 78 (1965), pp. 1281-1296).
- *Post scriptum al concepto del Derecho* (1994), trad. de R. Tamayo y Salmorán, edición de P.A. Bulloch y J. Raz, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000 (H.L.A. HART, *Postscript*, Oxford University Press, 1994).

- “Prefacio” (1981), a *Id.*, *Derecho, Libertad y Moralidad: Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford* (1963), trad. de M.A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 89-94.
 - “Problems of the Philosophy of Law” (1967), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 88-119 (H.L.A. HART, “Problems of the Philosophy of Law”, *Encyclopedia of Philosophy*, Paul Edwards, Editor in Chief, vol. 6, pp. 264-76, 1967, Macmillan, Inc.).
 - “Scandinavian Realism” (1959), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 161-169 (H.L.A. HART, “Scandinavian Realism”, *Cambridge Law Journal*, vol. 17 (1959), pp. 233-240).
 - “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, núm. 49, 1948-1949, pp. 171-194.
 - “Utilitarismo y derechos naturales” (1979), *Estudios de Filosofía y Derecho*, núm. 6, 2003, pp. 15-35.
 - “1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy” (1976), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Clarendon Press, 1ª reimp., Oxford, 2001, pp. 145-158 (H.L.A. HART, “1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy”, *51 New York Law Review* 538, 1976).
- HELLER, H., *Teoría del Estado* (1934), trad. de L. Tobio, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 2ª reimp., México, 2002 (H. HELLER, *Staatslehre*, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij, N.M., Leyden, 1934).
- HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho: Fundamentos del Derecho* (1964), trad. de E. Gimbernat Ordeig, Euros-B. de F., 2ª ed., Buenos Aires-Montevideo, 2014 (H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 1964, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung).
- HERVADA, J., “Prólogo”, a *Id.*, *¿Qué es el Derecho?: La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al Derecho*, Eunsa, Pamplona, 2002, pp. 11 y 12.
- *¿Qué es el Derecho?: La moderna respuesta del realismo jurídico. Una introducción al Derecho*, Eunsa, Pamplona, 2002.
- HEYMANN, E., “De la hermenéutica como teoría de la interpretación a una concepción hermenéutica de la Filosofía” (1987), *Cuadernos Venezolanos de Filosofía UCAB*, núm. 1, 1989, pp. 46-54.
- HIERRO, L.L., *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del Derecho* (1979), Iustel, 2ª ed., Madrid, 2009.
- *Estado de Derecho: Problemas actuales* (1998), Fontamara, 2ª ed., México, 2001.
 - “¿Por qué ser positivista?”, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 5-92.
 - “Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 217-236.

- HOERSTER, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992.
- HOLMES, O.W., “La senda del Derecho” (1897), s.t., en *Id.*, *La senda del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, s.a., pp. 15-52 (O.W. HOLMES, “The Path of Law”, *Harvard Law Review*, núm. 10, 1897).
- IGLESIAS VILA, M., “Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 77-104.
- JELLINEK, G., “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: Respuesta del profesor Jellinek a M. Boutmy” (1902), en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1895), trad. de A. Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 143-157 (G. JELLINEK, “La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l’étranger*, París, t. XVIII, pp. 385-400).
- “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1895), trad. de A. Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 75-141 (G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, 1895).
- “Prólogo del autor a la segunda edición alemana” (1903), a *Id.*, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1895), trad. de A. Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 77-80.
- *Teoría General del Estado* (1911), trad. de F. de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., México, 2004 (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., 1911).
- JIMÉNEZ BARTLETT, L., “Las autonomías indígenas como una forma de pluralismo jurídico”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 111-135.
- JIMÉNEZ CANO, R.M., “En defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 10, 2010, pp. 1-15.
- “Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)”, *Isonomía*, núm. 39, 2013, pp. 83-126.
- KAUFMANN, A., “Concepción hermenéutica del método jurídico”, trad. de J. Zafra Valverde, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 11-38.
- KELSEN, H., *Compendio de Teoría General del Estado* (1926), trad. de L. Recaséns Siches y J. de Azcárate, Colofón, 2ª ed., México, 2000.
- *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1992.
- “Dios y Estado” (1923), trad. de U. Schmill, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, Fontamara, 1ª reimp., México, 2004, pp. 43-70 (H. KELSEN, “Dios y Estado”, *Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur*, hrg. v. R. Kroner und G. Mehlis, Band 11. 1922/1923, Heft 3. Tübingen 1923, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), S. 261-284).

- “El alma y el Derecho” (1937), trad. de U. Schmill, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, Fontamara, 1ª reimp., México, 2004, pp. 81-108 (H. KELSEN, “The Soul and the Law”, *Review of Religion*, núm. 4, 1937).
- “El concepto de orden jurídico” (1958), trad. de M.I. Azaretto, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1992, pp. 91-117 (H. KELSEN, “Der Begriff der Rechtsordnung”, *Logique et Analyse*, núms. 3-4, 1958).
- *El Estado como integración: Una controversia de principio* (1930), trad. de J.A. García Amado, Tecnos, Madrid, 1997 (H. KELSEN, *Der Staat als Integration: Eine prinzipielle Auseinandersetzung*, 1930).
- “El problema del parlamentarismo” (1925), trad. de M. Atienza, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 85-108 (H. KELSEN, “Das Problem des Parlamentarismus”, *Soziologie und Sozialphilosophie. Schriften der soziologischen Gesellschaft in Wien*, III, W. Braümüller, Wien-Leipzig, 1925).
- “El profesor Stone y la Teoría pura del Derecho” (1965), trad. de R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1992, pp. 47-90 (H. KELSEN, “Professor Stone and the Pure Theory of Law”, *Stanford Law Review*, núm. 17, 1965).
- “Esencia y valor de la democracia” (1920), trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, en *Id.*, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, pp. 5-102.
- “Estado y Dios” (1934), trad. de L. Legaz y Lacambra, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, Fontamara, 1ª reimp., México, 2004, pp. 71-80 (H. KELSEN, “Estado y Dios”, capítulo 16 de la *Teoría General del Estado*, Editorial Labor, S.A., 1934).
- “Forma del Estado y Filosofía” (1933), trad. de R. Luengo Tapia y L. Legaz y Lacambra, en *Id.*, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, pp. 103-136.
- “Introducción”, a *Id.*, *¿Qué es la justicia?* (1953), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, 13ª ed., México, 2001, pp. 7 y 8.
- *Introducción a la Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de E.O. Rabasa, Nacional, 1ª reimp., México, 1974.
- “La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico” (1961), trad. de E. Bulygin, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1992, pp. 119-137 (H. KELSEN, “Naturrechtslehre und Rechtspositivismus”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. 4, 1961).
- “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)” (1928), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 109-155 (H. KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, *Revue*

du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, XXXV, 1928).

- “La idea de justicia en las Sagradas Escrituras” (1952-1953), trad. de A. Peralta García, en *Id.*, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, Fontamara, 1ª reimp., México, 2004, pp. 109-180 (H. KELSEN, “La idea de justicia en las Sagradas Escrituras”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, Sep., 1952-Abril, 1953).
- “La teoría política del bolchevismo: Un análisis crítico” (1948), trad. de A.J. Weiss, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 157-206 (H. KELSEN, “The Political Theory of the Bolshevism. A Critical Analysis”, University of California Press, 1948).
- “La teoría política del socialismo” (1923), trad. de J. Mira Benavent, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 63-84 (H. KELSEN, “Die Politische Theorie des Sozialismus”, *Osterreichische Rundschau*, 19, 1923).
- “Los fundamentos de la democracia” (1954), trad. de J. Ruiz Manero, en *Id.*, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 207-344 (H. KELSEN, “Foundations of Democracy”, *Ethics*, LXVI, 1955).
- “Marx o Lassalle: Cambios en la teoría política del marxismo” (1924), en *Id.*, *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, trad. de A. García Ruiz, Siglo XXI, México, 1982, pp. 366-402 (H. KELSEN, *Marx oder Lassalle Wandlungen in der politischen theorie des marxismus*, Leipzig, Hirschfeld, 1924).
- “Prefacio a la edición castellana”, en *Id.*, *Sociedad y naturaleza: Una investigación sociológica* (1943), trad. de J. Perriau, Depalma, Buenos Aires, 1945, pp. VII-XI.
- “Prefacio a la edición española”, a *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado* (1955), trad. de A.J. Weiss, Emecé, Buenos Aires, 1957, pp. 9 y 10.
- “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945), trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., 4ª reimp., México, 1988, pp. V-XI.
- “Prólogo”, a *Id.*, *Teoría General del Estado* (1925), trad. de L. Legaz y Lacambra, Nacional, 15ª ed., México, 1979, pp. VII-X.
- “Prólogo a la primera edición” (1934), en *Id.*, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª ed., México, 1986, pp. 9-12.
- *¿Qué es la justicia?* (1953), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, 13ª ed., México, 2001 (H. KELSEN, *Was ist gerechtigkeit?*, F. Deutike, Wein, 1953).
- *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?* (1953), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, 5ª ed., México, 1997 (H. KELSEN, *Was ist die reine Rechtslehre?*, Zürich, 1953).

- *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), trad. de R.J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995 (H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlín, 1931).
 - “Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo” (1923), en *Id.*, *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, trad. de A. García Ruiz, Siglo XXI, México, 1982, pp. 173-365 (H. Kelsen, *Sozialismus und Staat*, Leipzig, Hirschfeld, 1923).
 - *Sociedad y naturaleza: Una investigación sociológica* (1943), trad. de J. Perriaux, Depalma, Buenos Aires, 1945 (H. Kelsen, *Society and nature*, The University of Chicago Press, Chicago, 1943).
 - “Teoría del Derecho”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado* (1955), trad. de A.J. Weiss, Emecé, Buenos Aires, 1957, pp. 11-267.
 - “Teoría del Estado”, en *Id.*, *Teoría comunista del Derecho y del Estado* (1955), trad. de A.J. Weiss, Emecé, Buenos Aires, 1957, pp. 269-341.
 - *Teoría General del Derecho y del Estado* (1945), trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., 4ª reimp., México, 1988 (H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945).
 - *Teoría General del Estado* (1925), trad. de L. Legaz y Lacambra, Nacional, 15ª ed., México, 1979 (H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925).
 - *Teoría General de las Normas* (1979), trad. de H.C. Delory Jacobs, Trillas, México, 1994 (H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzschke-Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979).
 - *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 5ª ed., México, 1986 (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960).
 - *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin* (1954), trad. de I. Rodríguez Villegas, Katz Editores, Buenos Aires, 2006 (H. Kelsen, *A New Science of Politics Hans Kelsen's Reply to Erik Voegelin's "New Science of Politics". A Contribution to the Critique of Ideology*, ed. Eckhart Arnold, Ontos Verlag, Frankfurt, 1954).
 - “Una teoría “realista” y la Teoría pura del Derecho” (1959), trad. de E.A. Vásquez, en *Id.*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Fontamara, 2ª ed., México, 1992, pp. 7-46 (H. Kelsen, “Eine “Realistische” und die Reine Rechtslehre (Bemer Kungen zu Alf Ross: On Law and Justice)”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, Tomo X, volumen 1, 1959, Viena).
- KORSBAEK, L. y MERCADO VIVANCO, F., “La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la Antropología del Derecho”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 153-177.

- KRAMER, M.H. y GRANT, C., “Introducción”, a VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (2007), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, compilación de M.H. Kramer *et al*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 19-25.
- KÜHNEL, R., “El Liberalismo”, en W. ABENDROTH y K. LENK, *Introducción a la Ciencia Política* (1968), trad. de M. Faber-Kaiser, Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 59-90.
- KURI BREÑA, D., *Introducción filosófica al estudio del Derecho: La esencia del Derecho y los valores jurídicos*, Jus, México, 1978.
- LAMSDORFF-GALAGANE, V., *Teoría del Derecho*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1989.
- LARA CHAGOYÁN, R., “Sobre la estructura de las sentencias en México: Una visión crítica y una propuesta factible”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México* (2010), coordinación de J.A. Cruz Parceró *et al*, Fontamara, México, 2014, pp. 97-121.
- LARIOS VELASCO, R. y CABALLERO GUTIÉRREZ, L., *Las directivas de interpretación jurídica*, Fontamara-Universidad de Sonora, México, 2011.
- LASSALLE, F., “¿Qué es una Constitución?” (1862), en *Id.*, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Coyoacán, 15ª reimp., México, 2008, pp. 39-76.
- “¿Y ahora?” (1862), en *Id.*, *¿Qué es una Constitución?*, trad. de W. Roces, Coyoacán, 15ª reimp., México, 2008, pp. 77-116.
- LA TORRE, M., *Derecho, poder y dominio*, trad. de F. Gargallo, Fontamara, México, 1998.
- “Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente”” (2006), trad. de F.M. Mora Sifuentes, *Revista Derecho del Estado*, núm. 30, 2013, pp. 7-30 (M. LA TORRE, “Sobre dos versiones opuestas de iusnaturalismo: “excluyente” versus “incluyente””, *Ratio Juris*, núm. 2, 2006, pp. 197-216).
- LEAL CARRETERO, F., “La falta de argumentación como estado normal”, en VV.AA., *Interpretación y argumentación jurídica en México* (2010), coordinación de J.A. Cruz Parceró *et al*, Fontamara, México, 2014, pp. 15-29.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho* (1960), Bosch, 5ª ed., Barcelona, 1979.
- LLEDÓ YÁGÜE, F., “La norma jurídica”, en *Id.* y M.M. ZORRILLA RUIZ, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 149-353.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución* (1957), trad. de A. Gallego Anabitarte, Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1976 (K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the governmental Process*, University of Chicago Press, 1957).
- LÓPEZ BÁRCENAS, F., “Ensayo sobre la ceguera... jurídica: Las teorías jurídicas y el Derecho entre los ñuú savi”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*,

coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 67-120.

LÓPEZ CALERA, N.M., *Teoría del Derecho*, Comares, Granada, 2004.

LÓPEZ PINA, A., “Estudio Preliminar”, a D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales* (1991), trad. de R. Sanz Burgos y J.L. Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, 2006, pp. 9-26.

LYONS, D., “El afianzamiento jurídico de la antijuridicidad”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (2007), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, compilación de M.H. Kramer *et al*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 59-77.

MACCORMICK, N., “Coacción y Derecho” (1979), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 185-196.

--- “Derecho legal y socialdemocracia” (1981), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 13-25.

--- *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990 (N. MACCORMICK, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford University Press, 1982).

--- “Derecho y economía: El análisis de Adam Smith” (1981), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 91-107 (N. MACCORMICK, “Adam Smith on Law”, *Valparaíso University Law Review*, núm. 15, 1981, pp. 243-263).

--- “En contra de la ausencia de fundamento moral” (1980), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 27-42.

--- *H.L.A. Hart* (1981), trad. de J.M. Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010 (N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), Stanford University Press, 2ª ed., 2008).

--- *Instituciones del Derecho* (2007), trad. de F. Atria y S. Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011 (N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007).

--- “Intimidad y obscenidad” (1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 139-154 (N. MACCORMICK, “Intimidad y obscenidad”, *Censorship and Obscenity*, editado por R. Dhavan y C. Davies, Martin Robertson and Co., Oxford, 1978, pp. 76-97).

--- “Justicia: Una posición original” (1975), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 77-90.

- “La obligación de reparación” (1977-1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 171-184 (N. MACCORMICK, “La obligación de reparación”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1977-1978, pp. 175-183).
 - “La <tesis de los derechos> en serio” (1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 109-128 (N. MACCORMICK, “Dworkin as Pre-Benthamite”, *Philosophical Review*, núm. 87, 1978, pp. 585-607).
 - “Ley, obligación y consentimiento: Reflexiones sobre Stair y Locke” (1978), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 59-76.
 - “Libertades civiles y Derecho” (1977), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 43-58.
 - “Los derechos de los niños: Una prueba para los teóricos del Derecho” (1976), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-137 (N. MACCORMICK, “Los derechos de los niños: Una prueba para los teóricos del Derecho”, *Archiv für Recht-und Sozialphilosophie*, núm. LXII, 1976, pp. 305-316).
 - “Nación y nacionalismo” (1979), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 197-209 (N. MACCORMICK, “Nación y nacionalismo”, *The Crown and the Thistle*, editado por C. MacLean, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1979, pp. 99-111).
 - “Obligaciones voluntarias” (1972), en *Id.*, *Derecho legal y socialdemocracia: Ensayos sobre Filosofía jurídica y política* (1982), trad. de M.L. González Soler, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 155-170 (N. MACCORMICK, “Voluntary Obligations and Normative Powers”, *Aristotelian Society, Supplementary Volume*, núm. 46, 1972, pp. 59-78).
 - “Palabras adicionales sobre la segunda edición” (2007), a *Id.*, *H.L.A. Hart* (1981), trad. de J.M. Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 53.
 - “Prefacio”, a *Id.*, *Instituciones del Derecho* (2007), trad. de F. Atria y S. Tschorne, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 13-15.
- MARMOR, A., “An Essay on The Objectivity of Law”, en VV.AA., *Analyzing law: New essays in Legal Theory*, edición de B. Bix, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 3-31.
- “Constitutive Conventions” (1998), en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 1-24.

- “Exclusive Legal Positivism”, en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 49-70.
 - *Interpretación y Teoría del Derecho* (1992), trad. de M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2000 (A. MARMOR, *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, 1992).
 - “The Separation Thesis and the Limits of Interpretation” (1999), en *Id.*, *Positive Law and Objective Values*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 71-88.
- MARROQUÍN GUERRA, O., “El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo jurídico indígena en Guatemala”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 179-192.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Estudio Preliminar”, “La doctrina del ordenamiento jurídico, de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo”, en S. ROMANO, *El ordenamiento jurídico* (1917-1918), trad. de S. Martín-Retortillo Baquer y L. Martín-Retortillo Baquer, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, pp. 9-77.
- MARTÍNEZ CINCA, C.D., “Límites del análisis económico como teoría interpretativa y argumentativa del Derecho”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 31-65.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., “Teorías de la argumentación jurídica: Una visión retrospectiva de tres autores”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 2004-2005, pp. 273-296.
- MASSINI CORREAS, C.I., “El concepto de Derecho: Acerca de la concepción realista del Derecho”, en *Id.*, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 13-28 (C.I. MASSINI CORREAS, “El concepto de Derecho: Acerca de la concepción realista del Derecho”, *Sapientia. Revista de la Facultad de Filosofía de la Universidad Católica Argentina*, núm. 125, s.a.).
- “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 107, 2007, pp. 311-347.
 - “La Teoría del Derecho natural y la interpretación jurídica”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 67-88.
 - “Liberación y Derecho: Sobre la pérdida de fundamento del orden jurídico”, en *Id.*, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 53-72 (C.I. MASSINI CORREAS, “Liberación y Derecho: Sobre la pérdida de fundamento del orden jurídico”, *Mikael*, núm. 10, s.a.).

- “Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, en *Id.*, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 109-137 (C.I. MASSINI CORREAS, “Reflexiones acerca de la estructura del razonamiento judicial”, *Boletín de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Cuyo*, núm. 22, s.a.).
- “Su fundamento: Los fundamentos del Derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey”, en *Id.*, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pp. 29-52 (C.I. MASSINI CORREAS, “Su fundamento: Los fundamentos del Derecho natural clásico en el pensamiento de Michel Villey”, *Idearium. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza*, núm. 1, s.a.).
- MATTEUCCI, N., *Organización del poder y libertad: Historia del constitucionalismo moderno* (1988), trad. de F.J. Ansuátegui Roig y M. Martínez Neira, Trotta-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998 (N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, UTET Libreria, 1988).
- MICHELON JR., C., “MacCormick’s Institutionalism between theoretical and Practical Reason”, *Diritto & Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 53-62.
- MONEREO PÉREZ, J.L., “Estudio Preliminar: Alf Ross, la ambición de la teoría realista del Derecho”, a A. ROSS, *Lógica de las normas* (1968), trad. de J.S.P. Hierro, Comares, Granada, 2000, pp. XI-CXXXVI.
- “Estudio Preliminar”, “La democracia en el pensamiento de Kelsen”, en H. KELSEN, *Esencia y valor de la democracia*, Comares, Granada, 2002, pp. XI-LX.
- MORA SIFUENTES, F.M., *Legalismo y constitucionalismo: Pautas para una reconstrucción del imperio de la ley y de la Constitución*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2014.
- “Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 9, 2010, pp. 1-14.
- MORESO MATEOS, J.J., “A brilliant disguise: Entre fuentes y lagunas”, en VV.AA., *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 185-203.
- “Conflictos entre principios constitucionales”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 99-121.
- “El encaje de las piezas del Derecho”, *Isonomía*, núm. 14, 2001, pp. 135-155.
- “El encaje de las piezas del Derecho”, *Isonomía*, núm. 15, 2001, pp. 165-192.
- “El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho”, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 45-62.
- “La ciudadela de la moral en la corte de los juristas”, *Pensar en Derecho*, s.n., 2012, pp. 291-305.

- “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 49-86.
 - *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
 - “Significado, interpretación y proposiciones normativas: Apuntes para un debate”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 41-50.
 - “Sobre “La Teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 117-132.
- MORESO MATEOS, J.J. y NAVARRO, P.E., “Introducción”, a L. FERRAJOLI, *Epistemología jurídica y garantismo*, Fontamara, México, 2004, pp. 7-14.
- MORESO MATEOS, J.J. y VILAJOSANA RUBIO, J.M., *Introducción a la Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- MOTHA, S., “Soberanía “postcolonial” y el evento de la pluralidad”, trad. de A.M. Cepeda Duarte, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 249-277.
- MUGUERZA, J., “Esplendor y miseria del análisis filosófico”, “Introducción” (1973), a VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), trad. de A. Deaño *et al*, edición de J. Muguerza, Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 15-138.
- NAVARRO, P., “Acerca de la inevitabilidad de la interpretación”, *Isonomía*, núm. 22, 2005, pp. 99-122.
- NINA, D., “El Derecho como memoria colectiva: Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 279-294.
- NINO, C.S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica* (1979), Fontamara, 2ª ed., México, 1995.
- *Consideraciones sobre la dogmática jurídica: Con referencia particular a la dogmática penal*, Coyoacán, México, 2011.
 - “El concepto de validez de Kelsen aplicado al problema del conflicto de normas de diferente jerarquía” (1974), en *Id.*, *La validez del Derecho* (1974-1984), Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 29-40.
 - “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen” (1978), trad. de C. Rosenkrantz, en *Id.*, *La validez del Derecho* (1974-1984), Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 7-27.

- NÚÑEZ LEIVA, J.I., *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley: ¿El constitucionalismo del Derecho Libre?*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013.
- “Prefacio”, a *Id.*, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley: ¿El constitucionalismo del Derecho Libre?*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, pp. XVII-XX.
- NÚÑEZ TORRES, M., “Nuevas tendencias en el Derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 135-169.
- OLIVECRONA, K., “Apéndice I: El concepto de derecho subjetivo según Grocio y Pufendorf”, en *Id.*, *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 261-279.
- “Apéndice II: La unidad monetaria”, en *Id.*, *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 281-287.
- *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980 (K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, Stevens and Sons, Londres, 1939).
- “En busca de un punto de partida”, en *Id.*, *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 9-13.
- “Introducción”, a *Id.*, *Lenguaje jurídico y realidad* (1939), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991, pp. 7-9.
- *Lenguaje jurídico y realidad* (1939), trad. de E. Garzón Valdés, Fontamara, México, 1991 (K. OLIVECRONA, “Capítulo IX: El lenguaje jurídico y la realidad”, en *Id.*, *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980, pp. 229-254).
- OLLERO TASSARA, A., *¿Tiene razón el Derecho?: Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- ORANTES GARCÍA, J.R., “Proceso hibridatorio en el sistema jurídico de los tzeltal tenejapanecos”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 39-65.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, J.E.R., “Economía, sociedad y Derecho indígena en el marco de una formación social pluriétnica y pluricultural de economía abigarrada y dependiente”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 193-222.

- ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, C.S., “Pluralismo jurídico: Una aproximación antropológica desde los Altos de Guatemala”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 223-241.
- ORREGO SÁNCHEZ, C., *H.L.A. Hart: Abogado del positivismo jurídico* (1995), Eunsa, Pamplona, 1997.
- ORTIZ ANDRADE, J., “El Derecho indígena como sistema jurídico”, en VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 265-313.
- ORUNESU, C., “Sobre la inconsistencia teórica del positivismo incluyente”, *Análisis Filosófico*, núm. 1, 2007, pp. 23-46.
- PAHUJA, S., “La necesaria inclusión del excluido: La pluralidad inherente a la condicionalidad del Fondo Monetario Internacional (FMI)”, trad. de A.M. Cepeda Duarte, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 295-324.
- PALACIOS ROMEO, F.J., “Materiales para una legitimación del reconocimiento constitucional del Derecho colectivo indígena”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 243-264.
- PALOMBELLA, G., *Filosofía del Derecho: Moderna y contemporánea* (1996), trad. de J. Calvo González, Tecnos, Madrid, 1999.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. de, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- PÁRAMO ARGÜELLES, J.R. de y ANSUÁTEGUI ROIG, F.J., “Capítulo XI: Los derechos en la Revolución inglesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo I: Tránsito a la modernidad: Siglos XVI y XVII*, dirección de G. Peces-Barba Martínez y E. Fernández García, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 745-796.
- PAREJO ALFONSO, L., *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- “Introducción”, a *Id.*, *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 19-22.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010.
- “El desarrollo político como desarrollo humano” (1972), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 77-99 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El desarrollo político como desarrollo humano”, *Revista de la Universidad de Madrid*, núm. 81, 1972, pp. 163-181).

- “El modelo desde la razón: Ética pública, poder y Derecho”, en *Id.*, *Ética, Poder y Derecho* (1995), Fontamara, México, 2000, pp. 49-103.
- “El socialismo y la libertad” (1975), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 133-162 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “El socialismo y la libertad”, *Sistema*, núm. 9, 1975, pp. 67-95).
- “Epílogo: Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, a G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173.
- “Introducción”, a *Id.*, *Ética, Poder y Derecho* (1995), Fontamara, México, 2000, pp. 7-13.
- “Introducción”, a VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 9 y 10.
- *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983.
- “Introducción al siglo XVIII”, en VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1987, pp. 97 y 98.
- “Introducción al siglo XX”, en VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1987, pp. 151 y 152.
- “Introducción General”, a VV.AA., *Derecho positivo de los derechos humanos*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1987.
- “Introducción: La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio”, en N. BOBBIO, *Igualdad y libertad* (1977-1979), trad. de P. Aragón Rincón, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 9-49.
- *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.
- *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- “La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII”, en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 21-76.
- “La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional” (1972), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 101-131 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “La protección de los derechos fundamentales en Francia a través del Consejo Constitucional”, *Boletín Informativo de Ciencia Política*, 1972, pp. 57-83).
- “Lección Cuarta: Derecho y fuerza”, en *Id et al*, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2000, pp. 93-121.

- “Lección Decimotercera: Legitimidad del poder y justicia del Derecho”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2000, pp. 319-352.
- “Lección Tercera: El Derecho y otros órdenes normativos”, “Ética pública y ética privada”, en *Id et al, Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 2000, pp. 83-90.
- “Los derechos económicos sociales y culturales: Apunte para su formación histórica y su concepto”, en *Id., Derechos sociales y positivismo jurídico: (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999.
- “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987) (1982), en *Id., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 19-118 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987), *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, 1982).
- “Los obstáculos de la realidad: La dificultad de mantener el sistema”, en *Id., Ética, Poder y Derecho* (1995), Fontamara, México, 2000, pp. 105-148.
- *Los valores superiores* (1984), Tecnos, 1ª reimp., Madrid, 1986.
- “Notas para la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, en *Id., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 119-151 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Notas para la filosofía de la tolerancia en Francia en los siglos XVI y XVII”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, s.a.).
- “Notas para la filosofía de la tolerancia en Holanda, en Gran Bretaña y en las colonias americanas en los siglos XVI y XVII”, en *Id., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 153-191.
- “Notas sobre derechos fundamentales, socialismo y Constitución”, en *Id., Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 181-192.
- “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia (Los derechos fundamentales entre la moral y la política)”, en *Id., Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 215-226 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Nuevas reflexiones sobre la teoría democrática de la justicia (Los derechos fundamentales entre la moral y la política)”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, s.a.).
- “Prólogo”, a O. CELADOR ANGÓN, *Proceso secularizador y sistema educativo en el ordenamiento jurídico inglés*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 9-12.
- “Prólogo”, a P. CUENCA GÓMEZ, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. XXI-XXIV.
- “Prólogo”, a R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 15-19.
- “Prólogo”, a M.J. FARIÑAS DULCE, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 11-16.

- “Prólogo”, a A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el Derecho?: Entre método científico y voluntad política*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pp. 13-17.
 - “Prólogo”, a J.R. de PÁRAMO ARGÜELLES, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. XV-XXV.
 - “Prólogo”, a L. PAREJO ALFONSO, *Constitución y valores del ordenamiento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 11-15.
 - “Prólogo”, a *Id et al*, *Curso de derechos fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 13-15.
 - “Prólogo: Sobre el positivismo jurídico”, a J. SANTAMARÍA, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999.
 - “Reflexiones sobre la paz” (1985), en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 265-278 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Reflexiones sobre la paz”, *Sistema*, núm. 67, 1985).
 - “Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales” (1978), en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 195-213.
 - “Sobre el consenso y otros temas: La opinión de un ponente constitucional sobre el consenso y otros temas”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución española*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp. 29-34.
 - “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, en *Id.*, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, pp. 227-264 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4, s.a.).
 - “Socialismo y Estado de Derecho” (1976), en *Id.*, *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 163-180 (G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Socialismo y Estado de Derecho”, *Sistema*, núm. 15, 1976).
 - *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid, 1982.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y DORADO PORRAS, J., “Derechos, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo II: Siglo XVIII: Volumen I: El contexto social y cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución*, dirección de G. Peces-Barba Martínez et al, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 7-219.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y GARCÍA MANRIQUE, R., “Los textos de la revolución francesa”, en VV.AA., *Historia de los derechos fundamentales: Tomo II: Siglo XVIII: Volumen III: El Derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*,

dirección de G. Peces-Barba Martínez *et al*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 121-394.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *et al*, “Bill of Rights (1689)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 86-91.

--- “Bill of Rights: Declaración de Derechos de la Constitución de los Estados Unidos de América y diez primeras Enmiendas (1791)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 110-112.

--- “Carta de Privilegios de Pennsylvania (1701)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 94-97.

--- “Concesiones y Acuerdos de West New Jersey (1677)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 76-80.

--- “Cuerpo de Libertades de Massachussets (1641)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 60-68.

--- *Curso de derechos fundamentales: Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

--- “Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 97-101.

--- “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 106-110.

--- “Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 103-106.

--- “Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 101-103.

--- “El Estatuto Albertino (1848)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 139-144.

--- “Estudio Preliminar”, a *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 15-23.

- “Habeas Corpus Act (1679)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 80-86.
- “La Constitución Francesa de 1793”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 112-116.
- “Los derechos en la Constitución Argentina de 1853”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 149-156.
- “Los derechos en la Constitución Belga de 1831”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 134-139.
- “Los derechos en la Constitución de la Monarquía Española de 1869”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 160-168.
- “Los derechos en la Constitución de la Monarquía Española de 1876”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 168-173.
- “Los derechos en la Constitución de Weimar (1919)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 196-207.
- “Los derechos en la Constitución Francesa de 1848”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 144-149.
- “Los derechos en la Constitución Mexicana (1917)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 177-196.
- “Los derechos en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 125-134.
- “Maryland Toleration Act (1649)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 68-71.
- “Normas Fundamentales de Carolina (1669)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 71-76.
- “Nuevas Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos: Enmiendas 13, 14 y 15 (1865-1870)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios*

generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 156-159.

- “Petition of Right (1628)”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 56-60.
 - “Segunda Parte: Los derechos fundamentales en los siglos XVI y XVII”, en *Id.*, *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 41-46.
 - *Textos básicos de derechos humanos: Con estudios generales y especiales y comentarios a cada texto nacional e internacional*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- PEREIRA FREDES, E., “La Teoría del Derecho como posibilidad: Reflexiones sobre la naturaleza y el concepto de Derecho”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 17, 2012, pp. 83-104.
- PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L., “La nueva retórica” (1956), trad. de M.C. Fischer, en Ch. PERELMAN *et al*, *Retórica y Lógica* (1959), Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1987, pp. 411-421 (Ch. PERELMAN y L. OLBRECHTS-TYTECA, “La nouvelle rhétorique”, *Les études philosophiques*, núm. 1, enero-marzo de 1956, pp. 20-29).
- PÉREZ BERMEJO, J.M., “Estudio Preliminar”, “Hart, o el tiempo recobrado”, a N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart* (1981), trad. de J.M. Pérez Bermejo, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 11-49.
- PÉREZ de la FUENTE, O., “Dilemas constitucionales y decisiones judiciales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp. 435-460.
- “¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al Derecho como integridad”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, pp. 141-184.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991.
- “Prólogo a la primera edición” (1983), a *Id.*, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 4ª ed., Madrid, 1991, pp. 13-18.
- PÉREZ LUÑO, A.E. *et al*, *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica* (1997), Tecnos, 11ª ed., Madrid, 2012.
- PINTORE, A., “Derechos insaciables” (2000), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 243-265 (A. PINTORE, “Diritti insaziabili”, *Teoria Politica*, núm. XVI-2, 2000, pp. 3-20).
- PISARELLO, G., “Globalización, constitucionalismo y derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 159-184.

- “Introducción: El pacifismo militante de Luigi Ferrajoli”, a L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo* (1991-2003), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 11-24.

- PISARELLO, G. y MANRIQUE, R.G., “Ferrajoli y las tareas del garantismo: Claves de una pasión razonada”, en VV.AA., *La Teoría del Derecho en el paradigma constitucional* (2008), Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Fontamara, Madrid-México, 2010, pp. 9-24.

- POPPER, K.R., “Apéndice: Algunos problemas de la Filosofía de la Ciencia” (1934-1953), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994, pp. 87-93.

- “Autorreferencia y significado en el lenguaje común” (1954), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994, pp. 367-374 (K.R. POPPER, “Autorreferencia y significado en el lenguaje común”, *Mind*, N.S., 63, 1954).

- *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994 (K.R. POPPER, *Conjectures and Refutations. The Growth of Scientific Knowledge*, Routledge and Kegan Paul, 4ª ed., Londres, 1972).

- “El lenguaje y el problema del cuerpo y la mente: Una reformulación del interaccionismo” (1953), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994, pp. 355-361 (K.R. POPPER, “El lenguaje y el problema del cuerpo y la mente: Una reformulación del interaccionismo”, *Proceedings of the 11th. International Congress of Philosophy*, 7, 1953).

- “Hacia una teoría racional de la tradición” (1948), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994, pp. 156-173.

- “¿Por qué son aplicables a la realidad los cálculos de la Lógica y la Aritmética?” (1946), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994, pp. 248-263.

- “Sobre las fuentes del conocimiento y de la ignorancia” (1960), en *Id.*, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico* (1962), trad. de N. Míguez, Paidós, 4ª reimp., Barcelona, 1994, pp. 23-54.

- POSADA, A., “Estudio Preliminar” (1907), a G. JELLINEK, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1895), trad. de A. Posada, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 37-73.

- POSTEMA, G.J., “Conformidad, costumbre y congruencia: Repensando la eficacia del Derecho”, en VV.AA., *El legado de H.L.A. Hart: Filosofía jurídica, política y moral* (2007), trad. de C. Orunesu y J.L. Rodríguez, compilación de M.H. Kramer *et al*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 79-104.

- POZZOLO, S., “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”, s.t., en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 165-184.
- “Un constitucionalismo ambiguo”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 187-210.
- PRADO MAILLARD, J.L., “Gobierno de jueces”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 171-183.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Algunos problemas de la fundamentación de los derechos humanos”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 17-74.
- *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005.
- “Consecuencias de la constitucionalización de los derechos”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 111-120.
- *Constitucionalismo y positivismo* (1997), Fontamara, 2ª ed., México, 1999.
- “Del mito de la decadencia de la ley: La ley en el Estado constitucional” (1997), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5-45.
- “Diez argumentos a propósito de los principios” (1996), en *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47-68 (L. PRIETO SANCHÍS, “Diez argumentos a propósito de los principios”, *Jueces para la democracia*, núm. 26, 1996).
- “El constitucionalismo de los derechos”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 213-235.
- “Ensayos de clasificación”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 121-138.
- *Ideología e interpretación jurídica* (1986), Tecnos, Madrid, 1987.
- *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho* (1985-1986), Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005.
- “Introducción”, a *Id.*, *Ideología e interpretación jurídica* (1986), Tecnos, Madrid, 1987, pp. 12-18.
- “Introducción”, a *Id.*, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 1-4.
- “La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 205-218.

- *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
 - “Los derechos fundamentales en el sistema español”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 95-109.
 - “Los derechos fundamentales y el poder legislativo”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 139-152.
 - “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 123-158.
 - “Prólogo”, a A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 17-20.
 - “Prólogo”, a J.I. NÚÑEZ LEIVA, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley: ¿El constitucionalismo del Derecho Libre?*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, pp. XI-XVI.
 - “Prólogo”, a S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (1998), Mc GrawHill, Madrid, 1999, pp. XIII y XIV.
 - “Réplica a Juan Antonio García Amado”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 265-288.
 - “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 87-145.
 - “Sobre el concepto jurídico de derechos fundamentales”, en *Id.*, *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), Debate, 1ª reimp., Madrid, 1994, pp. 75-93.
 - “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 305-342.
- QUINE, W.V.O., “Filosofía y decisión óptica” (1959), trad. de M. Sacristán, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), trad. de A. Deaño *et al*, edición de J. Muguerza, Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 552-596 (W.V.O. QUINE, *Word and Object*, The MIT Press, Cambridge, 1959).
- RABASA, E.O., “Prólogo”, a H. KELSEN, *Introducción a la Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de E.O. Rabasa, Nacional, 1ª reimp., México, 1974, pp. 7-14.
- RACINARO, R., “Introducción”, “Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta” (1978), a H. KELSEN, *Socialismo y Estado: Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, trad. de A. García Ruiz, Siglo XXI, México, 1982, pp. 9-172 (R. RACINARO, *Hans Kelsen e il dibattito su democrazia e parlamentarismo negli anni venti-trenta*, Donato editore, Bari, 1978).

- RADBRUCH, G., *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1948), trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, 4ª ed., México, 1974.
- RAJIVAN EDWARD, T., “Joseph Raz on the Problem of the Amoralist”, *Abstracta*, núm. 1, 2013, pp. 85-93.
- RAMIRO AVILÉS, M.A., “Prólogo a la edición castellana: A vueltas con el moralismo legal”, a H.L.A. HART, *Derecho, Libertad y Moralidad: Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford* (1963), trad. de M.A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 9-88.
- RAMOS PASCUA, J.A., *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*, Tecnos, Madrid, 1989.
- RAZ, J., “Autoridad y consentimiento”, trad. de M.D. Farrell y C.S. Nino, en VV.AA., *El lenguaje del Derecho: Homenaje a Genaro R. Carrió*, compilación de E. Bulygin et al, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 391-424.
- “Derecho y valor en la decisión judicial”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 227-261.
- *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986 (J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, 2n Ed, Oxford, 1980).
- “El Estado de Derecho y su virtud” (1977), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 263-285 (J. RAZ, “El Estado de Derecho y su virtud”, *The Law Quarterly Review*, vol. 93, núm. 2, abril, 1977, pp. 195-211).
- “El positivismo jurídico y las fuentes del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 55-73.
- “El respeto por el Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 309-321.
- *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985 (J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1979).
- “La autoridad legítima” (1978), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 17-44 (J. RAZ, “La autoridad legítima”, Bronaugh, R. (Ed.) *Philosophical Law: Authority, Equality, Adjudication, Privacy*, Westport, Connecticut, Greenwood, 1978, pp. 6-31).

- “La cuestión de la naturaleza del Derecho” (1983), en *Id.*, *La ética en el ámbito público* (1994), trad. de M.L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 211-226.
- “La identidad de los órdenes jurídicos” (1971), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 105-134 (J. RAZ, “La identidad de los órdenes jurídicos”, *California Law Review*, vol. 59, núm. 3, mayo de 1971, pp. 795-815).
- “La incorporación por el Derecho” (2004), trad. de R. Ruiz Ruiz y R.M. Jiménez Cano, *Derechos y Libertades*, núm. 10, 2007, pp. 17-40 (J. RAZ, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, núm. 10, 2004, pp. 1-17).
- “La naturaleza institucional del Derecho” (1974), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 135-155 (J. RAZ, “La naturaleza institucional del Derecho”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111).
- “La obligación de obedecer el Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 289-308.
- “La teoría de Kelsen de la norma fundamental” (1974), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 157-186 (J. RAZ, “La teoría de Kelsen de la norma fundamental”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 19, 1974, pp. 94-111).
- “La validez jurídica” (1977), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 187-203 (J. RAZ, “La validez jurídica”, *Archiv für Rechts-und Sozial philosophie*, Bd. LXIII/3, 1977, pp. 339-353).
- “Las pretensiones del Derecho”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 45-51.
- “¿Por qué interpretar?”, trad. de R. Tamayo y Salmorán, *Isonomía*, núm. 5, 1996, pp. 25-40.
- “Postscriptum” (1980), en *Id.*, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 251-281.
- “Prefacio a la edición española” (1985), a *Id.*, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 5-7.
- “Prefacio a la edición española” (1981), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, p. 5.

- “Prefacio a la edición inglesa”, en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 7-13.
- *Razón práctica y normas* (1975), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, Londres, 1975).
- “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas” (1979), en *Id.*, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, pp. 75-103 (J. RAZ, “Razones jurídicas, fuentes del Derecho y lagunas”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Beiheft, 11, 1979, p. 197).
- RECASÉNS SICHES, L., “Estudio Preliminar” (1934), a H. KELSEN, *Compendio de Teoría General del Estado* (1926), trad. de L. Recaséns Siches y J. de Azcárate, Colofón, 2ª ed., México, 2000, pp. 5-101.
- *Tratado General de Filosofía del Derecho* (1959), Porrúa, 12ª ed., México, 1997.
- REDONDO, M.C., “Teorías del Derecho e indeterminación normativa”, *Doxa*, núm. 20, 1997, pp. 177-196.
- REGAN, D.H., “Authority and Value: Reflections on Raz’s *Morality of Freedom*”, *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, pp. 995-1095.
- RIDDALL, J.G., *Teoría del Derecho* (1991), trad. de A. Ackerman, Gedisa, Barcelona, 1999 (J.G. RIDDALL, *Jurisprudence*, Butterworths, Londres, 1991).
- RÍOS URRUTI, F. de los, “Prólogo del traductor” (1913), en G. JELLINEK, *Teoría General del Estado* (1911), trad. de F. de los Ríos Urruti, Fondo de Cultura Económica, 2ª reimp., México, 2004, pp. 13-52.
- RIVAS, P., “La interpretación del Derecho en el positivismo ético contemporáneo”, *Isegoría*, núm. 35, 2006, pp. 73-87.
- “Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianiardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 157-170.
- RÓDENAS, A., “¿Qué queda del positivismo jurídico?”, *Doxa*, núm. 26, 1989, pp. 5-74.
- *Razonamiento judicial y reglas* (2000), Fontamara, 1ª reimp., México, 2004.
- RODRÍGUEZ, J.L., “Algunas dificultades de la reconstrucción de la dinámica jurídica”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 117-146.
- “El razonamiento jurídico y las fuentes sociales del Derecho”, *Analisi e diritto* 2002-2003, s.n., pp. 275-296.
- “La derrotabilidad de las normas jurídicas”, *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 149-167.

- “Normas y razones: Un dilema entre la irracionalidad y la irrelevancia”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, núm. 13, 2012, pp. 127-145.
- RODRÍGUEZ, J.L. y SUCAR, G., “Las trampas de la derrotabilidad: Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho”, *Doxa*, núm. 21-II, 1998, pp. 403-420.
- RODRÍGUEZ LIBOREIRO, A., “Estudio Introductorio”, a P. DEVLIN, *La imposición de la moral* (1965), trad. de M.A. Ramiro Avilés *et al*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11-35.
- RODRÍGUEZ SANTANDER, R.R., “Introducción”, a *Id.*, *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 4-10.
- *Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado constitucional*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015.
- ROMANO, S., *El ordenamiento jurídico* (1917-1918), trad. de S. Martín-Retortillo Baquer y L. Martín-Retortillo Baquer, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963 (S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, reimpresión de la segunda edición italiana, Editorial Sansoni, Firenze, 1951, Colección <I classici del diritto>).
- ROSANE ROESLER, C., “Theodor Viehweg: ¿Un constitucionalista adelantado a su tiempo?”, trad. de A. Espinosa Gadea, *Doxa*, núm. 29, 2006, pp. 295-318.
- ROSS, A., “El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural” (1961), trad. de G.R. Carrió y O. Paschero, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 9-32 (A. ROSS, “Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, núm. 4, 1961, pp. 46-93).
- “Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas” (1967), trad. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 109-133 (A. ROSS, “Rise and Fall of the doctrine of Performatives”, 1967).
- *Hacia una ciencia realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho* (1946), trad. de J. Barboza, Abeledo-Perrot, 1ª reimp., Buenos Aires, 1961 (A. ROSS, *Towards a realistic Jurisprudence (A criticism of the dualism in Law)*, 1946).
- *Lógica de las normas* (1968), trad. de J.S.P. Hierro, Comares, Granada, 2000 (A. ROSS, *Directives and Norms*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1968).
- “Nota al libro de Kelsen: ¿Qué es la justicia?” (1957), trad. de G.R. Carrió, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 35-46 (A. ROSS, “Kelsen, Hans. *What is Justice?*”, *Justice, Law and Politics in the Mirror of Science*, Collected Essays, 1957).
- “Prefacio”, a *Id.*, *Hacia una ciencia realista del Derecho: Crítica del dualismo en el Derecho* (1946), trad. de J. Barboza, Abeledo-Perrot, 1ª reimp., Buenos Aires, 1961, pp. 11-13.

- “Prefacio a la edición castellana” (1962), a *Id.*, *Sobre el Derecho y la justicia* (1953), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, 3ª ed., Buenos Aires, 2005, pp. 15 y 16.
 - “Prefacio a la edición inglesa” (1958), a *Id.*, *Sobre el Derecho y la justicia* (1953), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, 3ª ed., Buenos Aires, 2005, pp. 17-19.
 - *Sobre el Derecho y la justicia* (1953), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, 3ª ed., Buenos Aires, 2005 (A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens, Londres, 1958. La edición danesa de este libro fue publicada en 1953, trad. de M. Dutton).
 - “Sobre la auto-referencia y un difícil problema de Derecho constitucional” (1967), trad. de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 49-81 (A. ROSS, *On self-reference and a difficult puzzle of Constitutional Law*, 1967).
 - “Sobre los conceptos de “Estado” y “órganos del Estado” en Derecho constitucional” (1961), trad. de E.A. Vázquez, en *Id.*, *El concepto de validez y otros ensayos*, Fontamara, México, 1991, pp. 85-106 (A. ROSS, *On the concepts “state” and “state organs” in Constitutional Law*, Almqvist and Wiksell, Estocolmo, 1961).
- RUBIO LLORENTE, F., “La Constitución como fuente de Derecho” (1993), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 155-176 (F. RUBIO LLORENTE, “La Constitución como fuente de Derecho”, *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (2ª ed., 1997)).
- RUEDAS MARRERO, M. *et al.*, “Hermenéutica: la roca que rompe el espejo”, *Investigación y Postgrado*, núm. 2, 2009, pp. 181-201.
- RUIZ MANERO, J., “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, en VV.AA., *Lagunas en el Derecho: Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 103-126.
- “Entrevista con Joseph Raz”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 321-344.
 - “Presentación: Teoría de la democracia y crítica del marxismo en Kelsen”, a H. KELSEN, *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, edición de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, pp. 11-61.
- RUIZ MIGUEL, A., “Estudio Preliminar”, “Bobbio y el positivismo jurídico italiano”, a N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), trad. y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 13-55.
- RUIZ VALERIO, J., “Estado de Derecho: El principio democrático vs. el control jurisdiccional en América Latina”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 185-210.
- RUSSELL, B., *El conocimiento humano* (1948), trad. de N. Míguez, Folio, Barcelona, 2002 (B. RUSSELL, *Human Knowledge. It's Scope and Limits*, 1948).

- “Introducción”, a *Id.*, *El conocimiento humano* (1948), trad. de N. Míguez, Folio, Barcelona, 2002, pp. 9-14.
- “La Filosofía del atomismo lógico” (1918), trad. de J. Muguerza, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), edición de J. Muguerza, trad. de A. Deaño *et al*, Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 139-251 (B. RUSSELL, “Philosophy of Logical Atomism”, *Logic and Knowledge*, George Allen and Unwin, Ltd., Londres, 1918).
- RÜTHERS, B., *Teoría del Derecho: Concepto, validez y aplicación del Derecho* (1999), trad. de M.E. Salas, Ubijus, México, 2009.
- SAAVEDRA, M., “Interpretación jurídica y uso alternativo del Derecho” (1978), en *Id.*, *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1994, pp. 11-29 (M. SAAVEDRA, “Interpretación jurídica y uso alternativo del Derecho”, publicado en N. López Calera, M. Saavedra, P. Andrés Ibáñez: *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres, Ed., 1978).
- “Poder Judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad” (1988), en *Id.*, *Interpretación del Derecho y crítica jurídica*, Fontamara, México, 1994, pp. 77-96 (M. SAAVEDRA, “Poder Judicial, interpretación jurídica y criterios de legitimidad”, *Anuario de Derecho Público y Estudios Políticos*, núm. 1, Granada, 1988).
- SALAS, M.E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho”, *Isonomía*, núm. 27, 2007, pp. 111-142.
- SALMERÓN GARCÍA, H.B., “Encuentro con Zósimo: Los hombres de las montañas”, en VV.AA., *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007, pp. 13-38.
- SANZ BAYÓN, P., “Sobre la tópica jurídica en Viehweg”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, pp. 83-108.
- SAPAG, M.A., “Interpretación constitucional y control de razonabilidad: Elementos para la comprensión general y aplicación práctica del principio de razonabilidad”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 171-206.
- SASTRE ARIZA, S., “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo(s)* (2003), edición de M. Carbonell, Trotta-Universidad Nacional Autónoma de México, 3ª ed., Madrid, 2006, pp. 239-258.
- SCHLICK, M., “El futuro de la Filosofía”, trad. de A. Deaño, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), edición de J. Muguerza, trad. de A. Deaño *et al*, Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 278-293 (M. SCHLICK, “Die Zukunft der Philosophie”, *Gesammelte Aufsätze*, Gerold and Co., Viena).
- SCHMILL, U., “Presentación” (2003), a H. KELSEN, *Ensayos sobre Jurisprudencia y Teología*, Fontamara, 1ª reimp., México, 2004, pp. 7-42.

- SCHMILL, U. y COSSÍO, J.R., “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 57-87 (U. SCHMILL y J.R. COSSÍO, “Interpretación del Derecho y concepciones del mundo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 207-208, México, Universidad Nacional Autónoma de México, mayo-agosto 1996, pp. 69-98).
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución* (1928), s.t., Nacional, México, 1981 (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 1928).
- SEARLE, J.R., *Actos de habla: Ensayo de filosofía del lenguaje* (1969), trad. de L.M. Valdés Villanueva, Cátedra, 5ª ed., Madrid, 2001 (J.R. SEARLE, *Speech acts: An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969).
- SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- *Teoría del Derecho* (1990), Centro de Estudios Ramón Areces, 1ª reimp., Madrid, 1991.
- SERNA, P., “Presentación”, a L.M. CRUZ, *La Constitución como orden de valores: Problemas jurídicos y políticos: Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*, Comares, Granada, 2005, pp. XIII-XIX.
- “Prólogo”, a C. ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart: Abogado del positivismo jurídico* (1995), Eunsa, Pamplona, 1997, pp. XV-XXVIII.
- SERNA BERMÚDEZ, P., “Neoconstitucionalismo e interpretación: Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 211-225.
- SHAPIRO, S.J., “The Difference That Rules Make”, en VV.AA., *Analyzing law: New essays in Legal Theory*, edición de B. Bix, Oxford University Press, Nueva York, 1998, pp. 33-62.
- SILVA, C. de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho” (1996), en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 137-156 (C. de SILVA, “La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5, México, ITAM-Fontamara, octubre 1996, pp. 7-23).
- SOLAR CAYÓN, J.I., *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004.
- “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo: Los orígenes del realismo jurídico americano”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, pp. 176-192.
- SOPER, P., *Una Teoría del Derecho* (1984), trad. de R. Caracciolo y S. Vera, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (P. SOPER, *A Theory of Law*, Harvard University Press, Londres, 1984).

- STAMMLER, R.F., *Tratado de Filosofía del Derecho* (1922), trad. de W. Roces, Reus, Madrid, 2007.
- STOLZ da SILVEIRA, S., “Derecho, derechos y democracia: Un análisis crítico al positivismo ético”, *Direito, Estado e Sociedade*, núm. 34, 2009, pp. 212-230.
- “El positivismo jurídico exclusivo: Una introducción a la teoría de Joseph Raz”, *Revista Jurídica*, núm. 23, 2008, pp. 25-43.
- TAMAYO Y SALMORÁN, R., “H.L.A. Hart y la teoría jurídica analítica”, “Estudio Preliminar”, a H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho* (1994), trad. de R. Tamayo y Salmorán, edición de P.A. Bulloch y J. Raz, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. XI-XXXV.
- “Interpretación constitucional: La falacia de la interpretación cualitativa”, en VV.AA., *Interpretación jurídica y decisión judicial* (1998), compilación de R. Vázquez, Fontamara, 3ª reimp., México, 2003, pp. 89-133.
- “Prólogo”, a J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 9-13.
- TARELLO, G., *Cultura jurídica y política del Derecho* (1988), trad. de I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- “La semántica del néustico: Observaciones sobre la <parte descriptiva> de los enunciados prescriptivos” (1974), trad. de P. Luque Sánchez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 15-39.
- TOCQUEVILLE, A. de, “La democracia en América I” (1835), en *Id.*, *La democracia en América*, trad. de L.R. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 7ª reimp., México, 1994, pp. 29-383.
- “La democracia en América II” (1840), en *Id.*, *La democracia en América*, trad. de L.R. Cuéllar, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 7ª reimp., México, 1994, pp. 385-645.
- TOLLER, F.M., “Los derechos *in concert*: “Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales””, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J. Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 111-155.
- TORRES ESTRADA, P., “Las tendencias del Derecho constitucional en México”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 227-242.
- “Presentación”, a VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 7-9.

- TUGENDHAT, E., *Introducción a la Filosofía Analítica* (1976), trad. de J. Navarro Pérez, Gedisa, Barcelona, 2003 (E. TUGENDHAT, *Verlesungen zur Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Suhrkamp Verlag, Frankfurtl Main, 1976).
- TUORI, K., “Ética discursiva y legitimidad del Derecho”, trad. de J. Aguiló Regla, *Doxa*, núm. 5, 1988, pp. 47-67.
- *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. de D. Mena *et al*, Fontamara, México, 1998.
- TURÉGANO MANSILLA, I., *Derecho y moral en John Austin* (1999), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- VALADÉS, D., “Constitución y control político”, en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 343-369.
- VÁZQUEZ, R., “Justicia constitucional y democracia: La independencia judicial y el argumento contramayoritario”, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 381-402.
- VECCHIO, G. del, *Filosofía del Derecho* (1930), trad. de L. Recaséns Siches, Bosch, 9ª ed., 1ª reimp., Barcelona, 1980 (G. del VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Città di Castello, Soc. Anon. Tipog. “Leonardo da Vinci”, 1930, IV, 351 págs.).
- VEGA, P. de, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX” (1998), en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 3-44 (P. de VEGA, “Apuntes para una historia de las doctrinas constitucionales del siglo XX”, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998).
- VELASCO, G.R., “Prólogo” (1943), a A. HAMILTON *et al*, *El Federalista* (1780), trad. de G.R. Velasco, Fondo de Cultura Económica, 4ª reimp., México, 1987, pp. VII-XXIV.
- VELASCO ARROYO, J.C., “El lugar de la razón práctica en los discursos de aplicación de normas jurídicas”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 49-68.
- VERNENGO, R.J., *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977.
- VITALE, E., “¿Teoría General del Derecho o fundación de una república óptima?: Cinco dudas sobre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli” (1998), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 63-73 (E. VITALE, “Teoria generale del diritto o fondazione dell’ottima repubblica? Cinque dubbi sulla teoria dei diritti fondamentali di Luigi Ferrajoli”, *Teoria Politica*, núm. XIV-2, 1998, pp. 41-48).
- VOLPI, F., “Hermenéutica y filosofía práctica”, trad. de T. Oñate, *Éndoxa*, núm. 20, 2005, pp. 265-294.

- VV.AA., *Derecho indígena mexicano: Volumen I*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007.
- *Derecho positivo de los derechos humanos*, edición de G. Peces-Barba Martínez, Debate, Madrid, 1987.
- *Derecho y Verdad: Volumen II. Genealogía(s)*, edición de G. Sucar y J. Cerdio Herrán, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- “Lección Duodécima: Legitimidad del poder y justicia del Derecho. La justicia formal: la seguridad jurídica. La justicia material. Los valores superiores. Los derechos fundamentales como desarrollo de la idea de justicia”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 441-486.
- “Lección Octava: Creación, interpretación y aplicación del Derecho. Derecho y lenguaje. El razonamiento jurídico. Criterios de interpretación. La argumentación jurídica”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 281-328.
- “Lección Primera: El Derecho como forma de organización social y cultural. Validez, eficacia y justicia del Derecho. El contrato social y el Derecho. Derecho y cambio social”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 17-58.
- “Lección Segunda: Tipología de los sistemas normativos. El Derecho, la moral y los usos sociales. Distinciones y conexiones. El Derecho como realización de la moralidad: la moral legalizada”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 59-98.
- “Lección Sexta: El ordenamiento jurídico como sistema. La unidad: la norma de identificación de normas. Sus dimensiones formales y materiales. La coherencia: las antinomias. La plenitud: las lagunas”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 197-231.
- “Lección Tercera: Derecho y poder: Su relación en la historia: especial referencia al mundo moderno. El punto de vista externo: el poder como hecho fundante básico del Derecho. El punto de vista interno: el Derecho como racionalización del poder. El Estado de Derecho”, en *Id.*, *Textos básicos de Teoría del Derecho* (1994), edición de F.J. Ansuátegui Roig, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2ª reimp., Madrid, 1998, pp. 99-136.
- *Pluralismo jurídico: Otros horizontes*, coordinación de O. Correas, Universidad Nacional Autónoma de México-Coyoacán, México, 2007.
- *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas: XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, coordinación de J.E.R. Ordóñez Cifuentes, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

- WAISMANN, F., “Mi visión de la Filosofía”, trad. de C. Solís, en VV.AA., *La concepción analítica de la Filosofía* (1981), edición de J. Muguerza, trad. de A. Deaño *et al*, Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1986, pp. 491-528 (F. WAISMANN, “How I see Philosophy”, *Contemporary British Philosophy*, edición de H.A. Lewis, George Allen and Unwin, Ltd., Londres, s.a.).
- WALDRON, J., *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005 (J. WALDRON, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999).
- “Homelessness and the Issue of Freedom”, *UCLA Law Review*, núm. 39, 1991-1992, pp. 295-324.
- “Introducción”, a *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 7-25.
- “La irrelevancia de la objetividad moral” (1992), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 195-222 (J. WALDRON, “La irrelevancia de la objetividad moral”, Robert George (comp.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Clarendon Press, Oxford, 1992).
- “La legislación de la asamblea” (1995), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 61-83 (J. WALDRON, “The Dignity of Legislation”, *Maryland Law Review*, núm. 54, 1995).
- “Las intenciones de los legisladores y la legislación sin intenciones” (1994), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 143-174 (J. WALDRON, “Las intenciones de los legisladores y la legislación sin intenciones”, *Tel Aviv University Law Review*, núm. 18, 1994).
- “Legislación, autoridad y voto” (1996), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 107-142 (J. WALDRON, “Legislación, autoridad y voto”, *Georgetown Law Review*, núm. 84, 1996).
- “Los Parlamentos en la Filosofía del Derecho” (1995), en *Id.*, *Derecho y desacuerdos* (1999), trad. de J.L. Martí y A. Quiroga, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 29-60 (J. WALDRON, “The Dignity of Legislation”, *Maryland Law Review*, núm. 54, 1995).
- WALUCHOW, W.J., *Positivismo jurídico incluyente* (1994), trad. de M.S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid, 2007 (W.J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, 1994).
- WEBER, M., “Concepción luterana de la profesión: Tema de nuestra investigación”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996, pp. 85-111.
- “Confesión y estructura social” (1904-1905), en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996, pp. 29-44 (M. WEBER, “Confesión y estructura social”, Archiv

für Sozialwissenschaft und Socialpolitik, J.C.B. Mohr, Tübingen, vols. XX y XXI, 1904-1905).

- “El conocimiento objetivo de las ciencias y la política sociales”, en *Id.*, *Sobre la teoría de las ciencias sociales* (1920-1921), trad. de J. Chávez Martínez, Premia, México, 1981, pp. 7-66.
- “El espíritu del capitalismo”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996, pp. 45-84.
- “El poder carismático”, en *Id.*, *Estructuras de poder* (s.a.), trad. de R. Arar, La Pléyade, Buenos Aires, 1977, pp. 73-103.
- “El reparto de poder en las comunidades políticas”, en *Id.*, *Estructuras de poder* (s.a.), trad. de R. Arar, La Pléyade, Buenos Aires, 1977, pp. 45-70.
- *Estructuras de poder* (s.a.), trad. de R. Arar, La Pléyade, Buenos Aires, 1977 (M. WEBER, *Strukturen der Gewalt*, s.a.).
- “Introducción”, a *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996, pp. 9-26.
- *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996 (M. WEBER, *Die protestantische Ethik und der “Geist” des Kapitalismus*, 1905).
- “La relación entre la ascesis y el espíritu capitalista”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996, pp. 213-266.
- “Las comunidades políticas”, en *Id.*, *Estructuras de poder* (s.a.), trad. de R. Arar, La Pléyade, Buenos Aires, 1977, pp. 9-42.
- “Los fundamentos religiosos del ascetismo laico”, en *Id.*, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), trad. de L. Legaz y Lacambra, Colofón, 2ª ed., México, 1996, pp. 115-211.
- “Significado de la “libertad de valorización” en las ciencias sociológicas y económicas” (1917), en *Id.*, *Sobre la teoría de las ciencias sociales* (1920-1921), trad. de J. Chávez Martínez, Premia, México, 1981, pp. 67-114.
- *Sobre la teoría de las ciencias sociales* (1920-1921), trad. de J. Chávez Martínez, Premia, México, 1981 (M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1920-1921).
- WRÓBLEWSKI, J., “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica” (1963), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 105-129 (J. WRÓBLEWSKI, “Base semántica de la teoría de la interpretación jurídica”, *Logique et analyse*, núms. 21-24, 1963, pp. 397-416).
- “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*” (1974), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua

- Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 295-312 (J. WRÓBLEWSKI, “Concepto y función del precedente en sistemas de *statutory law*”, *Archivum Iuridicum Cracoviense*, 1974, pp. 7-20).
- *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (1985), trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 2001.
- “El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica” (1984), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 203-229 (J. WRÓBLEWSKI, “El papel de los principios del Derecho en la teoría e ideología de la interpretación jurídica”, *Archivum Iuridicum Cracoviense*, núm. XVII, 1984, pp. 5-27).
- “El problema del sentido de la norma jurídica” (1964), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 85-104 (J. WRÓBLEWSKI, “El problema del sentido de la norma jurídica”, *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, núms. 3-4, 1964, pp. 253-266).
- “El razonamiento en la interpretación jurídica” (1969), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 173-201 (J. WRÓBLEWSKI, “El razonamiento en la interpretación jurídica”, *Logique et analyse*, núm. 45, 1969).
- “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la Axiología Jurídica” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 19-44 (J. WRÓBLEWSKI, “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la Axiología Jurídica”, *Revista internazionale di filosofia del diritto*, núm. 4, 1981, pp. 604-626).
- “Ideología de la aplicación judicial del Derecho” (1974), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 67-84 (J. WRÓBLEWSKI, “Ideología de la aplicación judicial del Derecho”, *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, núm. 25, 1974, pp. 45-58).
- “Introducción”, a *Id.*, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica* (1985), trad. de A. Azurza, Civitas, Madrid, 2001, pp. 17-19.
- “Introducción”, a *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 15 y 16.
- “Justificación de las decisiones jurídicas” (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 45-65 (J. WRÓBLEWSKY, “Justificación de las decisiones jurídicas”, *Revue internationale de philosophie*, 1979, 127-128).
- “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología” (1972), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 149-171 (J. WRÓBLEWSKI, “La

interpretación en el Derecho: Teoría e ideología”, *Archives de philosophie du droit*, núm. XVII, 1972, pp. 51-69).

- “La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 231-258 (J. WRÓBLEWSKI, “La prueba jurídica: Axiología, lógica y argumentación”, Ch. Perelman y P. Foriers (eds.), *La preuve en droit*, Bruselas, 1981, pp. 331-355).
 - “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica” (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 131-147 (J. WRÓBLEWSKI, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica”, *Law and Philosophy*, núm. 4, 1985, pp. 239-255).
 - “Los hechos en el Derecho” (1973), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 259-277 (J. WRÓBLEWSKI, “Los hechos en el Derecho”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, núm. 2, 1973, pp. 161-178).
 - “Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial” (1978), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 1ª reimp., México, 2003, pp. 313-335 (J. WRÓBLEWSKI, “Problemas teóricos e ideológicos en el control de la decisión judicial”, A. Giuliani y N. Picardi (eds.), *L’educazione giuridica III La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, pp. 84-106).
- ZACCARIA, G., “Dimensiones de la hermenéutica e interpretación jurídica”, *Persona y Derecho*, núm. 35, 1996, pp. 227-264.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, 6ª ed., Madrid, 2005 (G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mitite: Legge diritti giustizia*, Giulio Einaudi editore, S.p.a., Torino, 1992).
- “Jueces constitucionales” (2006), trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2007, pp. 91-104.
 - “La Constitución y sus normas” (1993), trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría de la Constitución: Ensayos escogidos*, compilación de M. Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 67-92 (G. ZAGREBELSKY, “La Constitución y sus normas”, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti*, 2ª ed., Turin, UTET, 1993).
 - “Realismo y concreción en el control de constitucionalidad: El caso de Italia”, trad. de C. Astudillo y M. Carbonell, en VV.AA., *El canon neoconstitucional*, edición de M. Carbonell y L. García Jaramillo, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Madrid, 2010, pp. 427-440.
- ZAMBRANO, P., “El Derecho como práctica y como discurso: La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, en VV.AA., *Constitución, neoconstitucionalismo y derechos: Teoría y aplicaciones en la interpretación de los derechos constitucionales*, coordinación de J.

Cianciardo, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2012, pp. 3-29.

ZAVALA DEALBA, L.E., “Los derechos fundamentales ante el (neo)constitucionalismo”, en VV.AA., *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, compilación de P. Torres Estrada, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey-Limusa, México, 2006, pp. 243-263.

ZOLO, D., “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los <derechos fundamentales>: A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli” (1999), en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (2001), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, edición de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 75-104 (D. ZOLO, “Libertà, proprietà ed eguaglianza nella teoria dei <diritti Fondamentali>. A proposito di un saggio di Luigi Ferrajoli”, *Teoria Politica*, núm. XV-1, 1999, pp. 3-24).

ZORRILLA RUIZ, M.M., “El Derecho como forma de organización”, en F. LLEDÓ YÁGÜE e *Id.*, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 27-53.

--- “El Derecho como sistema normativo”, en F. LLEDÓ YÁGÜE e *Id.*, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 55-120.

--- “La ciencia del Derecho”, en F. LLEDÓ YÁGÜE e *Id.*, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 121-147.

--- “Los problemas del Derecho justo”, en F. LLEDÓ YÁGÜE e *Id.*, *Teoría General del Derecho: Para un entendimiento razonable de los episodios del mundo*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 555-632.